

Fjernsynsovervåking og bevisforbud

- om forbud mot å føre bevis ervervet ved fjernsynsovervåking

Kandidatnr: 166 og 304

Veileder: Runar Torgersen

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 26 836 ord

Dato 25.04.2003

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	PRESENTASJON AV EMNE OG PROBLEMSTILLING	4
1.2	PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER	6
1.3	BEGREPSAVKLARINGER	7
1.4	PERSONVERNBEGREPET	8
1.5	KORT TEKNISK BESKRIVELSE AV FJERNSYNSOVERVÅKING	10
1.6	KILDESITUASJONEN	12
1.7	METODESPØRSMÅL	12
1.8	VIDERE FREMSTILLING	16
2	OVERSIKT OVER MULIGE GRUNNLAG FOR BEVISFORBUD	18
2.1	LOVFESTEDE BEVISFORBUD	18
2.1.1	INNLEDNING	18
2.1.2	FORBUD MOT BEVIS SOM IKKE BIDRAR TIL OPPLYSNING AV SAKEN	18
2.1.3	FORBUD MOT BEVIS SOM VIL OPPHOLDE SAKEN UNØDIG ELLER SOM ER FREMSATT FOR SENT	20
2.1.4	FORBUD MOT BEVISFØRING SOM KRENKER ANDRE INTERESSER	21
2.2	ULOVFESTEDE BEVISFORBUD	21
2.2.1	INNLEDNING	21
2.2.2	FORBUD MOT ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS	22
2.2.2.1	Hva menes med ulovlig ervervelse av bevis?	22
2.2.2.2	Betydningen av ulovligheten for adgangen til å føre beviset	23
2.2.3	FORBUD MOT UTILBØRLIG ERVERVEDE BEVIS	24
2.2.4	FORSLAG OM Å LOVFESTE BEVISFORBUD	26
2.3	BEVISFORBUD ETTER EMK	28
2.3.1	DE GENERELLE UTGANGSPUNKTER OM BEVISFØRSEL ETTER EMK	28
2.3.2	ULOVLIG ELLER UTILBØRLIG ERVERVEDE BEVIS ETTER EMK	28

3	GRENSEN MELLOM LOVLIG OG ULOVLIG FJERNSYNSOVERVÅKING	32
3.1	OVERSIKT	32
3.2	ADGANG TIL FJERNSYNSOVERVÅKING ETTER PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	33
3.2.1	BEGREPET FJERNSYNSOVERVÅKING	33
3.2.2	GRUNNVILKÅR FOR Å IVERKSETTE FJERNSYNSOVERVÅKING	35
3.2.2.1	Lovens anvendelsesområde	35
3.2.2.2	Vilkår for å behandle personopplysninger	36
3.2.2.3	Vilkår for å behandle sensitive personopplysninger	39
3.2.2.4	Krav til saklig begrunnelse	39
3.2.2.5	Krav til særskilt behov der en begrenset krets av personer ferdes	40
3.2.3	VARSLINGSPLIKT	41
3.2.4	OFFENLIGHETSBEGREPET I PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	42
3.2.5	OPPSUMMERING	43
3.3	POLITIETS SÆRLIGE ADGANG TIL FJERNSYNSOVERVÅKING ETTER STRAFFEPROSESSLOVEN § 202 A	44
3.3.1	BESTEMMELSENS RETTSLIGE PLASSERING OG BEGRUNNELSE	44
3.3.2	FORHOLDET TIL PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	45
3.3.3	HØYERE STRAFF ENN FENGSEL I 6 MÅNEDER	46
3.3.4	SKJELLIG GRUNN TIL MISTANKE OM EN ELLER FLERE STRAFFBARE HANDLINGER	46
3.3.5	OFFENTLIG STED	48
3.3.6	OVERVÅKING SOM ER AV VESENTLIG BETYDNING FOR ETTERFORSKINGEN	48
3.3.7	FORMELLE VILKÅR	49
3.4	PERSONVERN ETTER EMK ART. 8	49
3.5	NØDRETTSBETRAKTNINGER	52
3.5.1	PRINSIPPET OM NØDRETT	52
3.5.2	NØDRETTSBETRAKTNINGER I FORHOLD TIL ULOVLIG ERVERVELSE AV BILLEDOPPTAK	53
4	UTILBØRLIG FJERNSYNSOVERVÅKING	56
4.1	INNLEDNING	56
4.2	INNGREPETS KARAKTER OG ALVORLIGHET	57
4.2.1	OVERSIKT	57
4.2.2	VARSEL	57
4.2.3	LOJALITETS - OG TILLITSFORHOLD	61
4.3	FJERNSYNSOVERVÅKINGENS INNRETNING OG PLASSERING	61

4.4	FJERNSYNSOVERVÅKINGENS AVGRENSNING I TID OG ROM	62
4.5	BILLEDOPPTAK FORETATT SOM LEDD I EN GENERELL FORANSTALTNING	63
4.6	FORMÅLET MED FJERNSYNSOVERVÅKINGEN	64
4.7	OPPSUMMERING	66
5	NÆRMERE OM NÅR ULOVLIGHET ELLER UTILBØRLIGHET MEDFØRER BEVISFORBUD	67
5.1	INNLEDNING	67
5.2	TILFELLER HVOR DET Å TILLATE BEVISET VIL MEDFØRE EN FORTSATT ELLER GJENTATT KRENKELSE	68
5.2.1	HOVEDREGELEN OM BEVISFORBUD	68
5.2.2	HVA MENES MED ”FORTSATT ELLER GJENTATT KRENKELSE” VED BEVISFØRSEL?	68
5.2.3	UNNTAK FRA HOVEDREGELEN	70
5.3	TILFELLER HVOR DET Å TILLATE BEVISET IKKE VIL MEDFØRE NOEN FORTSATT ELLER GJENTATT KRENKELSE	71
5.3.1	OVERSIKT OVER DEN VURDERING SOM LIGGER TIL GRUNN FOR SPØRSMÅLET OM BEVISFORBUD	71
5.3.2	HENSYNET TIL SAKENS OPPLYSNING OG MATERIELT RIKTIGE AVGJØRELSER	72
5.3.2.1	Oversikt	72
5.3.2.2	Bevisets betydning	72
5.3.2.3	Sakens betydning	75
5.3.3	PERSONVERN HENSYN	76
5.3.4	PREVENTIVE HENSYN	77
5.3.5	ARTEN OG OMFANGET AV DEN KRENKELSE SOM FANT STED VED BEVISERVERVELSEN	79
5.3.6	HENSYNET TIL DEN RETTSBRUDDET VED BEVISERVERVELSEN RAMMER	81
5.3.7	HENSYNET TIL DEN ALMINNELIGE RETTSFØLELSE	83
5.3.8	HENSYNET TIL DOMSTOLENES AUTORITET OG ANSEELSE	85
5.4	OPPSUMMERING	85
6	RETTPOLITISKE BETRAKTNINGER	87
	LITTERATURLISTE	91

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emne og problemstilling

Denne fremstillingen vil ta for seg forbud mot å føre bevis ervervet ved fjernsynsovervåking.

Vi har valgt å ta for oss temaet for fremstillingen både sivilprosessuelt og straffeprosessuelt. Dette fordi billedbevis ervervet ved fjernsynsovervåking i stor grad vil kunne være anvendelig som bevis i begge typer saker, og mye taler for at de i de fleste tilfeller bør behandles likt. Som fremstillingen vil vise har domstolen også stort sett vurdert slike bevis uavhengig av om de ønskes anvendt i en straffesak eller i en sivil sak.

Hverken tvistemålsloven¹ eller straffeprosessloven² inneholder regler som tar for seg i hvilken grad bilder og videoopptak ervervet ved fjernsynsovervåking kan legges frem, og eventuelt hvordan det skal skje.

Norsk prosessrett bygger på prinsippet om fri bevisførsel.³ I dette ligger at partene som utgangspunkt ikke er underlagt noen begrensninger i hvilke bevis de kan føre for retten. For sivile saker er det i tilknytning til prinsippet om fri bevisførsel vanlig å henvise til tvistemålsloven § 183. Det er således opp til retten ”etter en samvittighetsfull prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen” å avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn for dommen. Etter ordlyden synes bestemmelsen ikke å gi noen klar hjemmel for prinsippet. Det finnes ingen tilsvarende lovhjemmel for den frie bevisførsel i straffeprosessloven. Det kan imidlertid i det overordnede kravet om ”fair trial”, inntatt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁴ (EMK)

¹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

³ Det hersker ulike oppfatninger om hvorvidt reglene om fri bevisførsel skal ansees som en del av prinsippet om fri bevisbedømmelse eller om det skal regnes som et selvstendig prinsipp. Se for eksempel Skoghøy, *Tvistemål*, s. 467 og Andenæs, *Norsk straffeprosess*, bind I, s. 170. Det er imidlertid ikke uenighet om gjeldende rett på området – det er utelukkende terminologien som er ulik. Vi vil i denne oppgaven omtale fri bevisførsel som et eget prinsipp.

⁴ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

artikkel 6, ligge en forutsetning om fri bevisførsel. En part har etter dette rett til å bli hørt av domstolen, noe som innebærer at han skal få anledning til å fremføre hva han har å si for sin sak, herunder forsøke å bevise at hans standpunkt er velbegrunnet.⁵ At partene som utgangspunkt står fritt i sin bevisførsel kan også for begge prosessformer utledes av rettspraksis og juridisk teori.⁶ Prinsippet om fri bevisførsel er for øvrig en naturlig del av prosessretten sett i sammenheng med at det er en forutsetning for domstolenes avgjørelser at de kan klarlegge faktum på best mulig måte. Unntak fra prinsippet om fri bevisførsel vil være synonymt med en begrensning av bevismaterialet. Det synes derfor mer nærliggende at det er inngrep i bevisadgangen som krever hjemmel.

Prinsippet om fri bevisførsel er imidlertid ikke absolutt, og en rekke ulike hensyn kan begrunne bevisforbud. Bevisforbud kan blant annet være begrunnet i hensynet til personvern, preventive hensyn og hensynet til en effektiv prosess. Mot bevisforbud taler særlig hensynet til sakens opplysning, og ønsket om på best mulig måte å klarlegge faktum vil veie tungt for å tillate å føre bevis for retten.

En del unntak fra prinsippet om fri bevisførsel følger av lovfestede regler som gir retten plikt eller adgang til å avskjære bevis. Mange av disse reglene er generelle og gjelder for alle typer bevis, for eksempel tvistemålsloven § 189 som blant annet gir grunnlag for å avvise bevis ”som ikke kommer saken ved”. De lovfestede bevisforbudsreglene tar imidlertid i liten grad for seg billedopptak ervervet ved fjernsynsovervåking.

Det er ulovfestede regler som i størst grad legger begrensninger på adgangen til å føre billedbevis, og vi vil derfor konsentrere oss mest om disse. Her har læren om ulovlig ervervede bevis stått sentralt. Det følger av rettspraksis at også utilbørlig beviservervelse vil kunne foranledige bevisavskjæring. Domstolen kan avskjære ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis etter en skjønnsmessig vurdering. Det dreier seg om en todelt vurdering, dels ser retten hen til om beviset er skaffet til veie på ulovlig eller

⁵ Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 172.

⁶ I NOU 2001:32 *Rett på sak*, Lov om tvisteløsning (tvisteloven) bind A lovutkastet § 24-3 er det inntatt et forslag om å lovfeste den frie bevisføringsrett i sivile saker, jfr. nærmere om forslaget i bind A punkt 16.5 og bind B kapittel 24.

utilbørlig måte, dels foretar retten en nærmere avskjæringsvurdering. Det er selve anskaffelsen av beviset som foranlediger en vurdering av om denne er kritikkverdig eller ikke, hvorpå domstolen må foreta en vurdering av om dette skal få betydning for adgangen til å føre beviset.

1.2 Presiseringer og avgrensninger

Det kan være grunn til å peke på skillet mellom to problemstillinger knyttet til bevis rammet av bevisforbud; spørsmålet om bevis kan anvendes under en hovedforhandling og spørsmålet om hvorvidt fremleggelse av denne type bevis i etterkant kan føre til opphevelse av dommen på grunn av feil ved saksbehandlingen. Det er den førstnevnte problemstilling vi vil konsentrere oss om her.

Oppgaven vil heller ikke ta for seg rettens bevisbedømmelse eller bevisvurdering. Vi ser på vurderingen i forkant – hvorvidt bevisene kan legges frem for retten. Det er altså reglene for hvilke bevis som kan og bør kunne føres for en rett som problematiseres.

Straffeprosessuelt skilles det ofte mellom politiets bruk av ulovlige bevis under etterforskning og bruk av slike bevis i retten. Det er ikke gitt at vurderingene vil være de samme for disse. Vi vil først og fremst konsentrere oss om reglene om adgang til å føre billedopptak som bevis for domstolene, og bare komme inn på regler om bruk av slike bevis under etterforskning i den grad dette kan kaste lys over oppgavens problemstillinger.

Vi vil heller ikke ta for oss bruk av informasjon hentet fra fjernsynsovervåking som benyttes til andre formål enn det opplysningene ble innsamlet for (såkalt overskuddsinformasjon). Det forutsettes derfor at bruken av billedbevisene i retten angår de forhold som overvåkingen tok sikte på.

Rent konkret må det også avgrenses mot ulike former for overvåking. Beviservervelse som foretas ved hjelp av annet utstyr enn ren fjernsyns – eller kameraovervåking omfattes ikke. Vi vil konsentrere oss om de rene billedopptak, der det utelukkende er

bildene som viser de forhold man har til hensikt å belyse for retten. Det avgrenses derfor mot billedopptak som også inneholder lydopptak.

1.3 Begrepsavklaringer

Ordet *bevis* brukes i to forskjellige sammenhenger. For det første kan det bety bevismidler og da vil et bevis være et middel som partene anvender for å få retten til å legge et bestemt faktum til grunn – en kilde til informasjon om faktiske forhold. For det andre kan ordet bevis brukes om et bevisresultat, for eksempel kan man i en straffesak komme til at det ikke er tilstrekkelig bevis for tiltaltes skyld.⁷ I denne avhandlingen vil vi bruke ordet ”bevis” om bevismidler.⁸

Bevisforbud er en spesiell type regler i prosessretten. Vi vil bruke betegnelsen på lovfestede og ulovfestede regler som begrenser bevismidlene som tillates ført for retten. Av ulike grunner gjør man unntak fra prinsippet om fri bevisførsel og foretar såkalt *bevisavskjæring*, det vil si at retten nekter en part å legge frem et bevis.

Med *ulovlig bevis* menes bevis som ikke kan føres i retten. Vi legger her en vid forståelse av begrepet til grunn, og bruker det som en betegnelse på alle de bevis som avskjæres.

Med *ulovlig ervervet bevis* menes bevis som er anskaffet ved en handlemåte som er straffesanksjonert eller som strider mot annen formell lovgivning eller forskrift med hjemmel i lov.

Retten har også en ulovfestet adgang til å avskjære *utilbørlig ervervede bevis*. I dette ligger at retten kan avskjære bevis som i utgangspunktet er ervervet i samsvar med lov, men hvor ervervelsen likevel er foretatt på en støtende eller illojal måte⁹ og således kan

⁷ Hov, *Rettergang I. Sivil og straffeprosess*, side 200.

⁸ For sivile saker gis det en oppregning av ulike bevismidler i tvistemålsloven §§ 111 flg. og 199 flg. Straffeprosessloven tredje del om bevis gir en tilsvarende oversikt over bevis i straffesaker. Denne typen lovfestede oppregninger er ikke uttømmende og regulerer hovedsakelig bare hvordan bevisene skal føres for retten.

⁹ Se Rt. 1997 s. 795.

karakteriseres som utilbørlig. Bevis kan også nektes ført der det ikke er noe å si på selve fremgangsmåten ved ervervelsen, men der selve bevisets karakter tilsier at det ikke bør fremmes for retten.¹⁰

Det vil være ulike hensyn som gjør seg gjeldende for oppgavens problemstillinger. Med *hensyn* menes argumenter som er relevante i vurderingen av gjeldende rett. Slike argumenter kan for eksempel være ulike former for godhetsvurderinger, rettssikkerhetshensyn eller personvernens hensyn. Begrepet hensyn vil bli brukt i vid forstand, og omfatter også andre vurderinger enn de som tradisjonelt har blitt betegnet som reelle hensyn (se for øvrig punkt 1.7).

1.4 Personvernbegrepet

Begrepet *personvern* kan kanskje best beskrives som ”summen av lover, normer og tiltak som imøtekommer den enkeltes interesse av at personlige opplysninger tilfredsstiller kvalitetskrav og ikke behandles på en utilbørlig måte”.¹¹ Utover dette kan man si at hensynet til personvern også omfatter et ønske om å beskytte individets rett til privatliv og personlig integritet. Det er et spørsmål om terminologi hvorvidt personvern skal ansees som et rettssikkerhetshensyn. Med *rettssikkerhet* menes i denne fremstillingen vern mot overgrep fra statsmakten, for eksempel mot urettferdig rettergang. Vi velger å behandle personvern som en selvstendig gruppe av hensyn som i mange tilfeller vil tale for avskjæring av ulovlig og utilbørlig ervervede bevis.

I forarbeidene til personopplysningsloven¹² fokuseres det på tre ulike sider av personvernens hensyn.¹³ I denne fremstillingen er særlig to av disse aktuelle. For det første brukes begrepet personvern om vern av den personlige integritet. Med dette menes den enkeltes ønske om å ha kontroll over opplysninger om seg selv som oppleves som sensitive og personlige. Lovbestemmelser som oppstiller taushetsplikt er blant annet begrunnet i dette hensynet. For det andre snakker man om et maktfokusert

¹⁰ Dette vil være mindre aktuelt for den type bevis som vi tar for oss, men omfatter for eksempel forbud mot å legge frem resultater fra løgndetektortester i retten, jfr. Rt. 1996 s. 1114.

¹¹ Se Johansen, Kaspersen og Skullerud, *Personopplysningsloven. Kommentartutgave*, s. 22.

¹² Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

¹³ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999). *Behandling av personopplysninger*, kapittel 3.1.

personvernbegrep. Det å ha tilgang på betydningsfull personkunnskap om andre mennesker gir makt, og en slik makt kan misbrukes. Den teknologiske utvikling har medført muligheter for å samle inn og behandle store mengder informasjon. Det vil derfor være behov for kontroll og begrensning av den teknologibruk som anvendes, samt bestemmelser som regulerer behandling av slike personopplysninger.

Personvern hensynet er begrunnet ut fra ulike interesser. Disse kan være både individuelle og kollektive. Eksempler på individuelle interesser kan være privatlivets fred, diskresjon og kontroll med innsyn i personlige opplysninger. Kollektive interesser beskriver de interessene folk har som en gruppe eller et samfunn. Slike kollektive hensyn kan for eksempel begrunne regler som tar sikte på å begrense overvåkningsnivået i samfunnet.

Individets rett til personvern er lovfestet flere steder i straffeloven.¹⁴ Dette kommer blant annet til uttrykk i straffeloven § 145 a som verner den psykiske integritet ved å kriminalisere avlytting av andres samtaler ved hjelp av tekniske hjelpemidler. Personopplysningsloven er også utformet ut fra et ønske om å beskytte personvernet.

Utenfor de lovfestede tilfellene kan det imidlertid oppstilles en alminnelig regel om beskyttelse av personvernet. Dette følger blant annet av dommen i Rt. 1952 s. 1217 – To mistenkelige personer. Saken dreide seg om hvorvidt et filmselskap hadde rett til å vise en film som handlet om det såkalte lensmannsmordet i 1926. En av gjerningsmennene motsatte seg en slik publisering. Han hevdet blant annet at reglene for personlighetens rettsvern begrenset retten til fremvisning. Høyesterett fastslo at det i norsk rett fantes et alminnelig rettsvern for personligheten og at gjerningsmannen innenfor rammen av dette vernet hadde rett til å motsette seg at filmen ble vist. Selv om denne dommen er gammel, gir den uttrykk for et grunnleggende prinsipp som også i dag setter sitt preg på lovgivning og rettspraksis på området.

¹⁴ Lov 22. mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov.

1.5 Kort teknisk beskrivelse av fjernsynsovervåking¹⁵

Med *fjernsynsovervåking* menes i denne oppgaven tilfeller der det monteres et kamera som videreformidler signaler til en fjernsynsskjerm (monitor). Det kan enten tas løpende bilder eller stillbilder av de signaler som kameraet fanger opp. Både bilder som blir tatt av et fotoapparat og ved løpende filming vil derfor omfattes av begrepet. Der situasjoner blir løpende filmet vil bildene som oftest bli lagret på bånd, såkalt videoopptak. Filming som ikke blir lagret eller tatt opp på noen måte, blir i denne fremstillingen betegnet som monitorering. Både betegnelsen billedopptak og videobevis vil brukes om hverandre om bevis ervervet ved fjernsynsovervåking. Det hender også at vi for variasjonens skyld refererer til fjernsynsovervåking som optisk overvåking.

Vi vil videre i dette punktet kort redegjøre for ulike typer fjernsynsovervåking og for hvordan disse fungerer. Fremstillingen tar sikte på å belyse hvordan fjernsynsovervåking kan anvendes til innsamling av informasjon og materiale det kan være aktuelt å legge frem som bevis i en rettssak.

Utstyr man bruker ved fjernsynsovervåking vil hovedsakelig bestå av tre elementer: en innsamlingsenhet (gjerne et kamera), en fremvisningsenhet (skjerm) og en lagringsenhet (minne).

Når det gjelder innsamlingsenheten er det nok i dag mest vanlig å bruke et ordinært fjernsyns- eller videokamera som er fast montert og som overvåker et predefinert område. Disse kameraene overfører bilder til en fjernsynsskjerm som eventuelt er koblet til en videoopptaker.

Andre typer kameraer har sensorer som styrer når de skal tre i funksjon. Et eksempel her kan være fotobokser som benyttes ved automatisk trafikkovervåking. Disse aktiveres bare dersom en bil passerer med en hastighet over en viss fartsgrense. Kameraer av denne typen kan også ha sensorer som aktiveres ved enhver bevegelse, for eksempel når

¹⁵ Denne fremstillingen bygger på: Langfjell, *Fjernsynsovervåking og personvern*, s. 13 flg., Aarø, *Arbeidstakers rett til personvern*, s. 10 flg., samt Brække, *Fjernsynsovervåking og informasjonstjenester i telenettet*, s. 11 flg., og SOU 1987:74, *Optisk-elektronisk övervakning*, s. 67 flg.

en person kommer inn i kameraets fokus. Mer avanserte sensorer kan være programmert til å reagere på for eksempel lyd, lys eller varme.

Overvåkingskameraer kan også være programmert til å tre i funksjon ved gitte tidspunkter, til visse tider av døgnet, eller til bestemte dager. Kameraet kan for eksempel være innstilt til å bare tre i funksjon på fredags- og lørdagskveldene.

Det finnes infrarøde kameraer som gjør det mulig å filme om natten eller på dager med dårlig sikt. Andre kameraer bruker røntgenteknikk for å skaffe informasjon. Med slik røntgenstråling kan man lyse igjennom tøy, papir, lær eller annet materiale. Visse mønstre eller konturer kan forhåndsprogrammeres for igjenkjenning, for eksempel av en sigarettpakke eller en pistol. Slike kameraer brukes ofte for kontroll av bagasje og annet gods, for eksempel på flyplasser.

Kameraer kan variere i størrelse, fra de store og lett synlige fotoboksene som brukes ved automatisk trafikkontroll, til kameraer på størrelse med et knappenålshode. Bruken av slike mikroskopiske kameraer utvider mulighetene for skjult overvåking.

Fjernsynsovervåking kan også skje via satellitt, noe som det er mest aktuelt for offentlige myndigheter og etterretningsorganisasjoner å benytte seg av.

De såkalte CFR kameraene, Computerised Face Recognition, er spesielt interessante med tanke på hensynet til personvern. Et bilde av en person lagres elektronisk, og kameraet kan programmeres slik at det trer i funksjon når denne personen kommer inn i kameraets rekkevidde. Slike kameraer gjør derfor overvåking av bestemte personer enklere, samtidig som at prosessen effektiviseres ved at mengden irrelevant informasjon reduseres.

De tradisjonelle kameraene er avhengig av lagring på videobånd, filmrull eller lignende. I dagens teknologiske samfunn finnes imidlertid også mer avanserte former for fjernsynsovervåking. Det blir mer og mer vanlig med elektroniske kameraer som lagrer informasjon på datamaskin. Lagringskapasiteten i slike kameraer blir derfor betydelig utvidet. Ved å omdanne dataene fra analoge til digitale signaler vil disse kunne sendes

over telenettet eller andre elektroniske infrastrukturssystemer. Adgangen til å sende bilder og lyd som digitale signaler åpner for nye og utvidede overvåkingmuligheter. Hastigheten på overføringen av slike signaler forbedrer seg stadig, og i dag er det også mulig å benytte seg av bredbånd i stedet for analoge linjer til å sende slikt materiale. Dette gjør at store mengder bilder kan sendes svært raskt, noe som igjen gjør slik digital overvåking svært effektiv og praktisk.

1.6 Kildesituasjonen

Det finnes ikke noe direkte forbud mot å føre bevis ervervet ved fjernsynsovervåking for retten. Denne typen bevis vil imidlertid kunne rammes av generelle bevisforbudsregler som er lovfestet i straffeprosessloven og tvistemålsloven. Mest aktuelt vil likevel være den ulovfestede læren om ulovlig og utilbørlig ervervede bevis. Retningslinjer for vurderingen har utviklet seg gjennom rettspraksis, og mye av fremstillingen vil ta utgangspunkt i denne rettskildefaktoren. De problemstillinger som reises her har til en viss grad også blitt behandlet i den juridiske teori.

Fortolkningen av EMK og rettspraksis knyttet til konvensjonen vil også kunne legge føringer for hvorvidt billedbevis skal kunne føres for retten.

Formell lov vil være en viktig faktor for å avgjøre om et billedopptak er ervervet på ulovlig måte. Hvorvidt et bevis er ervervet i samsvar med lov vil være et sentralt moment i avskjæringsvurderingen og mye plass vil derfor bli viet lovtolkning.

1.7 Metodespørsmål

Denne fremstillingen baserer seg på tradisjonell juridisk metode. Det synes ikke hensiktsmessig å foreta noen redegjørelse for denne her, og vi vil i stedet søke å presentere de spesielle metodiske spørsmål som er aktuelle for temaet.

Særegent for oppgavens problemstillinger er at det er et rettslig prinsipp - prinsippet om fri bevisførsel - som ligger til grunn for og er med på å forme gjeldende rett. Slike prinsipper vil basere seg på grunnleggende verdier og moraloppfatninger i samfunnet og

vil kunne være retningsgivende for tolkingen av ulike rettsregler.¹⁶ Prinsippet om fri bevisførsel er et eksempel på et såkalt grunnprinsipp i norsk prosessrett. Med dette menes et overordnet og retningsgivende utgangspunkt for en del av prosessretten. Prinsippene anvendes ikke som selvstendige rettsregler. Likevel vil disse ha rettslig betydning idet de gir retningslinjer for hva som kan sies å skape et godt rettergangssystem og en god prosessordning. Grunnprinsippene er i stor grad generelle og åpner for et konkret skjønn. Disse er imidlertid bare utgangspunkter, og det finnes mange unntak. Slike unntak fra prinsippet om fri bevisførsel er i stor grad et tema i denne fremstillingen.¹⁷

Rettsutviklingen for avskjæring av ulovlig og utilbørlig ervervede bevis illustrerer samspillet mellom lovgiver og domstol som rettsskapere. Det følger av oppbygningen av rettssystemet at lovgiver ikke kan regulere enhver situasjon som kan tenkes å komme opp for den dømmende myndighet. Således vil det oppstå ”lovtomme rom” som det kan bli opp til domstolen å regulere. Domstolens muligheter for å være rettsskapende varierer imidlertid på ulike rettsfelt.

Det følger direkte av lovforarbeidene til straffeprosessloven at lovgiver uttrykkelig oppfordrer domstolene til å være retningsgivende på dette området. Aall synes dessuten å mene at det, for den delen av prosessretten som vi tar for oss, på flere måter har blitt lagt til rette for at domstolene skal være rettsskapende. For det første kan de faktiske forutsetninger generelt sies å ha bedret seg idet Høyesterett har fått en redusert saksmengde og således har større mulighet for å konsentrere seg om prinsipielle spørsmål. Videre peker han på at det formelle grunnlaget for rettsutvikling har bedret seg gjennom økt adgang til å vektlegge folkerettslig regelverk. Rettspraksis har som følge av dette en sentral stilling for fastsettelsen av innholdet i den ulovfestede bevisforbudsregelen.¹⁸

¹⁶ Det finnes ingen allmenngyldig forståelse av hva som menes med et ”rettslig prinsipp”, se f.eks. Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, s. 47, hvor han peker på seks ulike fortolkninger av begrepet.

¹⁷ Hov, *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*, s. 74-75, og Andenæs, *Norsk straffeprosess*, bind I, s. 2-3.

¹⁸ Aall, *Høyesterett som prosessrettsskaper – særlig på området for utilbørlige bevis*, s. 957-958.

Det hersker imidlertid betydelige forskjeller mellom lovgiver og domstolene som rettsskaper. I motsetning til lovgiver har domstolen til oppgave å løse konkrete tvister. Retten vil hele tiden være knyttet til det materiale og de bevis som partene ønsker å legge frem. Det er derfor et begrenset felt domstolen tar stilling til, og det kan i den anledning stilles spørsmålsteget ved å utlede generelle regler fra de dommer og kjennelser som finnes. Som fremstillingen vil vise, vil det særlig være tvister om bruk av billedopptak fra fjernsynsovervåking i arbeidsforhold som retten har fått forelagt seg. Man kan imidlertid lett tenke seg at fjernsynsovervåking brukes i andre sammenhenger som forutsetter en annen vurdering av spørsmålet om bevisforbud. Det er grunn til å peke på den begrensning det ligger i å ha et så snevert rettskildemateriale å utlede gjeldende rett fra.

I motsetning til lovgiver vil imidlertid domstolen ha anledning til i større grad å fange opp tendenser i samfunnsutviklingen. I forbindelse med den teknologiske utviklingen har det oppstått nye måter å innhente bevis på blant annet ved hjelp av fjernsynsovervåking. Domstolen har stadig blitt stilt ovenfor bevis innhentet på utradisjonelt vis og har på denne måten vært tvunget til å ta stilling til stadig nye grensedragninger. De retningslinjer som finnes har således vokst gradvis frem. På slike felt som stadig er i utvikling, er dermed domstolene en mer dynamisk rettsskaper.

Domstolsskapt rett reiser spørsmål om hvor bundet retten skal opptre i forhold til tidligere rettspraksis. Med et såkalt prejudikat menes: ”det samme som «presedens», dvs. at avgjørelsen er et mønster som det kan være aktuelt å følge.”¹⁹ I stedet for å vurdere om en aktuell dom er et prejudikat eller ikke, kan det imidlertid være mer hensiktsmessig å vurdere avgjørelsens relevans for temaet, hva man kan utlede av avgjørelsen og hvilken vekt den vil ha.²⁰ Hvorvidt en rettsavgjørelse er egnet til å være retningsgivende er avhengig av blant annet hvilken instans som har avsagt dommen, hvor gammel den er, om det forelå dissens, hvilke andre rettskildefaktorer man har å forholde seg til og hvor generelt retten må sies å gi uttrykk for gjeldende rett.²¹

¹⁹ Eckhoff, *Rettskildelære*, s. 157.

²⁰ Eckhoff, *Rettskildelære*, s. 158.

²¹ Eckhoff, *Rettskildelære*, s. 181-182.

For deler av denne fremstillingen er det særlig to kjennelser avsagt av Høyesterett som står sentralt.²² Det foreligger ingen klar motstrid mellom disse. Den seneste kjennelsen viser til den forrige som argument for å løse tvisten på samme måte, og er et eksempel på at Høyesterett følger opp sine avgjørelser. Kjennelsene avsagt av Høyesterett suppleres imidlertid av underrettspraksis. En nyere lagmannsrettskjennelse kommer til et annet resultat. Dette illustrerer spørsmålet om forholdet mellom kjennelser avsagt av høyere og lavere instanser. Lagmannsrettskjennelser har langt fra så stor vekt som avgjørelser fra Høyesterett. Dette har naturlig sammenheng med at avgjørelsene er fattet av en lavere instans, men også det at det er mer tilfeldig hvilke lagmannsrettsdommer som blir publisert og kjent, bidrar til å begrense vekten av slik rettspraksis. Likevel kan de få betydning for rettstilstanden innenfor et respektivt felt dersom det på dette rettsområdet er begrenset høyesterettspraksis. Spørsmål vedrørende ulovlig fjernsynsovervåking kommer sjeldent opp for domstolene, og det finnes relativt få avgjørelser som belyser problemstillingen, noe som kan bidra til å gi avgjørelser avsagt av lavere instanser større betydning. Avvikende underrettspraksis som har blitt avsagt i etterkant av retningsgivende høyesterettsdommer kan også være uttrykk for en rettsutvikling på området som Høyesterett ville ha bifalt dersom den fikk en tilsvarende sak forelagt for seg.

Situasjonen der det foreligger nyere underrettspraksis som har kommet til andre resultater enn tidligere høyesterettspraksis, reiser også spørsmål om hvordan slik autoritativ praksis kan fravikes. I tradisjonell rettskildelære har det vært vanlig å vektlegge som rettsskapende de deler av Høyesteretts domsbegrunnelse som er nødvendig for å begrunne resultatet. Det er den delen av domsbegrunnelsen som gir uttrykk for en eller flere rettssetninger som er retningsgivende. Dersom høyesterettspraksis ikke kan ansees å oppstille noen generell rettssetning, blir det opp til underretten å vurdere om det er slik likhet i faktum mellom den tidligere praksis og det spørsmål den har forelagt for seg, at resultatet bør bli det samme. Det vil således ikke nødvendigvis være motstrid mellom to avgjørelser selv om utfallet av tvisten blir forskjellig.

²² Se Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2001 s. 668.

Det kan også pekes på betydningen av å kunne trekke analogislutninger fra rettspraksis. Med dette menes slutninger som gjøres på grunn av likhet mellom tilfeller. Selv om en dom ikke er direkte anvendelig, kan den like fullt tjene som et relevant argument. Det kan nemlig være hensiktsmessig å bruke rettssetninger den gir uttrykk for analogisk. I og med at det foreligger en relativt begrenset mengde rettsavgjørelser når det gjelder bevisforbud mot billedopptak, kan det være aktuelt å vektlegge momenter som har stått sentralt i avgjørelser vedrørende andre former for beviservervelse. Dette vil særlig være tilfellet ved bevis ervervet ved lydbåndopptak, der mange av de samme hensyn gjør seg gjeldende som for billedopptak foretatt ved fjernsynsovervåking.

Det kan videre være grunn til å peke på den stilling reelle hensyn har som rettskildefaktor. Med reelle hensyn menes ifølge Eckhoff en todelt vurdering; dels hvorvidt den generelle regel er god og dels om løsningen er rimelig i det enkelte tilfelle.²³ I og med at vi befinner oss på et ulovfestet felt har Høyesterett vært nødt til å komme frem til en løsning basert på til dels frie overveielser. Det er i hovedsak reelle hensyn i form av interesseavveininger og rettssikkerhetsbetraktninger som retten har lagt vekt på i sin vurdering. På denne måten har reelle hensyn festet seg i rettspraksis og fått relativt stor vekt for gjeldende rett. Det vil imidlertid være slik at i den grad reelle hensyn trekkes inn i rettens vurdering i de kjennelser som er relevante, vil disse vurderingene behandles som en del av rettskildefaktoren rettspraksis.

1.8 Videre fremstilling

Et naturlig utgangspunkt for fremstillingen videre vil være å gi en generell oversikt over mulige grunnlag for bevisforbud, jfr. kapittel 2. Her presenteres både lovfestede og ulovfestede bevisforbudsregler, forslaget om å lovfeste bevisforbud, samt bevisforbud etter EMK.

Videre tas utgangspunkt i læren om de ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Et viktig moment i denne læren er hvorvidt beviservervelsen er lovlig eller ikke, noe kapittel 3 tar

²³ Eckhoff, *Rettskildelære*, s. 357.

for seg. Også utilbørlig ervervede bevis kan avskjæres av retten og kapittel 4 omhandler hva som ligger i utilbørlig fjernsynsovervåking.

Det er en nær sammenheng mellom vurderingen av hva som er ulovlig eller utilbørlig beviservervelse, og vurderingen av om bevis bør tillates ført for retten. Vi tar imidlertid sikte på å behandle selve avskjæringsvurderingen for seg i kapittel 5.

Til slutt vil vi i kapittel 6 foreta noen vurderinger og trekke noen rettspolitiske slutninger om hvorvidt billedopptak bør kunne føres for retten.

2 Oversikt over mulige grunnlag for bevisforbud

2.1 Lovfestede bevisforbud

2.1.1 Innledning

Det finnes ingen generell bestemmelse som regulerer adgangen til å føre billedopptak ervervet ved fjernsynsovervåking som bevis hverken i straffeprosessloven eller i tvistemålsloven. Prinsippet om fri bevisførsel tilsier derfor at denne typen bevis etter sin art er tillatt i begge prosessformer. Det kan imidlertid tenkes andre lovfestede bevisforbudsregler som i særlige tilfeller vil forhindre fremleggelse av materiale og informasjon ervervet ved fjernsynsovervåking. Vi vil her redegjøre for noen av de mest sentrale lovfestede bevisforbudsreglene. Fremstillingen vil være konsentrert rundt bevisforbud som er aktuelle for bevis ervervet ved fjernsynsovervåking.

2.1.2 Forbud mot bevis som ikke bidrar til opplysning av saken

Bevis som ikke vil kunne bidra til sakens opplysning kan avskjæres av retten etter visse lovfestede bevisforbudsregler. Billedopptak fra fjernsynsovervåking vil retten kunne finne å være unødvendige for å belyse det som er tema for rettens avgjørelse. At bevisets relevans er av betydning for bevisføringsadgangen fremgår av tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 1 til 4 og straffeprosessloven § 292.

I sivile saker kan retten nekte partene å legge frem bevis som ”ikke kommer saken ved”, som er ”vitterlige, erkjendt eller fuldt ut bevist” eller som ”appenbart ikke har nogen beviskraft”, jfr. tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 1 til 3. Dersom billedopptak angår omstendigheter som er irrelevante for rettens avgjørelse og retten mener at beviset er uten betydning, kan retten avvise opptaket. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at beviset antas å ha liten betydning, og retten må heller ikke være i tvil om hvorvidt beviset har

betydning eller ikke. Også bevis som retten finner upålitelige kan i visse tilfelle avskjæres med hjemmel i denne bestemmelsen.

Twistemålsloven § 189 første ledd nr. 4 har i mange tilfeller vært påberopt som bevisavskjæringsgrunn for videoopptak eller lydbåndopptak av personer som kan avhøres for retten. Etter denne bestemmelsen kan retten nemlig avskjære bevis dersom de bør føres på en annen måte. Finner retten at det man ønsker å belyse ved et videoopptak best kan legges frem for retten på annen måte, har retten altså en lovfestet hjemmel for å avskjære videoopptaket. En kjennelse som riktignok gjelder bevis i form av lydbåndopptak, men som likevel illustrerer dette godt, er inntatt i Rt. 1987 s. 548. Denne saken gjaldt tvist om samvær med felles barn. Barnas far ønsket å legge frem et lydbåndopptak av en samtale han hadde med barna for å belyse at barna ikke var redde for ham. Høyesteretts kjæremålsutvalg mente imidlertid at opptaket ikke var ”opptatt i betryggende former” og avviste opptaket med henvisning til twistemålsloven § 189 første ledd nr. 4. Beviset burde ifølge Kjæremålsutvalget føres på en annen måte. Dersom motparten protesterer og opptaket er gjort med rettssaken for øye, vil billedopptak også kunne avskjæres etter twistemålsloven § 197. Bestemmelsen åpner for å avvise forklaringer av andre enn sakkyndige som er avgitt i anledning saken, så sant motparten ikke samtykker i bevisførselen. Der hvor billedopptaket også inneholder lyd vil disse helt klart kunne måtte avskjæres etter denne bestemmelsen.

En tilsvarende bestemmelse om bevisavskjæring på grunnlag av manglende relevans finnes i straffeprosessloven § 292 annet ledd 1. punktum. Et bevis som en part har ”for hånden” kan nektes fremlagt for retten dersom beviset gjelder forhold uten betydning for saken eller som retten mener å ha fått tilstrekkelig belyst ved annen bevisførsel. Dersom de omstendigheter billedbeviset skal belyse er uten betydning for avgjørelsen i saken, kan retten altså avvise beviset. Det at beviset i seg selv er uten betydning, for eksempel fordi det ikke har noen beviskraft, er ikke tilstrekkelig grunnlag for å avvise beviset etter denne bestemmelsen. Vi ser her at straffeprosessloven setter en noe snevrere grense for avskjæring i disse tilfellene enn twistemålsloven, jfr. twistemålsloven § 189 første ledd nr. 3. Påliteligheten av beviset er ikke noe tema etter straffeprosessloven. § 292 første ledd gir en særlig lovhjemmel for bevisavskjæring i straffesaker hvor tiltalte har gitt en fullstendig tilståelse. Etter denne bestemmelsen kan

retten i slike saker avgjøre hvorvidt den bevisførsel partene ønsker om skyldspørsmålet er nødvendig eller ikke.

2.1.3 Forbud mot bevis som vil oppholde saken unødige eller som er fremsatt for sent

Hensynet til en effektiv prosess kan også tilsi at bevis i form av billedopptak bør avskjæres. Det er naturligvis grenser for hvor lenge man kan oppholde en sak ved å påberope seg bevisførsel som det krever særdeles lang tid å innhente. Stadige forsinkelser fordi billedbevisene legges frem sent i rettsprosessen, noe som gir motparten krav på utsettelse, vil også kunne begrunne bevisavskjæring.

Etter tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 5 og nr. 6 har retten adgang til å avvise bevisførsel som vil oppholde saken. Det er dessuten et vilkår at parten enten burde ha fremmet beviset tidligere eller at verdien av beviset ikke veier like tungt som hensynet til en effektiv prosess. I en slik avskjæringsvurdering vil retten måtte legge vekt på en rekke momenter, blant annet sakens art, hvor viktig beviset synes å være for avgjørelsen, hvilke følger en forsinkelse av saken vil ha for partene, og om partene kan bebreides for forsinkelsen. Etter § 189 annet ledd vil retten også kunne avskjære bevis som ikke fremlegges for retten så snart parten får anledning til det dersom fremsettelsen er ”i den hensikt at forhale saken eller overrumple motparten” eller hvis motparten forlanger avvisning og saken ellers vil bli ”betragselig forsinket”. Utover disse bestemmelsene gjelder også særlige regler for bevisavskjæring på lignende grunnlag i ankebehandling, jfr. § 375 annet ledd og fjerde ledd.²⁴

I straffeprosessloven § 293 gis retten anledning til å nekte å utsette saken på grunn av unødige bevisførsel. Det fordres at retten ser på de aktuelle bevisene og kommer til at ”bevisførselen ville være uten betydning eller føre til en forsinkelse eller ulempe som ikke står i rimelig forhold til beviset og sakens betydning”. Retten må her foreta en avveining mellom på den ene side hensynet til sakens opplysning og behovet for at tiltaltes rettssikkerhet blir ivaretatt, i det vedkommende vil ha krav på å kunne føre alle

²⁴ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 659.

de bevis som taler i favør av hans sak, og på den annen side behovet for en effektiv rettsprosess.

2.1.4 Forbud mot bevisføring som krenker andre interesser

Billedopptak kan også avskjæres på lovfestet grunnlag dersom bevisføringen krenker andre interesser som man anser for å være viktigere enn hensynet til sakens opplysning. De fleste lovhjemlede bevisforbudsreglene gjelder imidlertid ofte avskjæring av forklaringer og opplysninger som kommer frem ved vitneutsagn, for eksempel tvistemålsloven § 205 og straffeprosessloven § 119 som forbyr forklaringer om forhold som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Vi kan selvfølgelig tenke oss at billedopptak også omfatter lydopptak fra det bildene viser, og da kan disse avskjæres på dette grunnlag. Men hvis det utelukkende er billedopptaket og synsinntrykket som er det sentrale ved beviset, kan det nok vanskelig sies å omfattes av slike bevisforbud mot forklaringer. Et annet eksempel er bevisforbudsregler som forbyr at opplysninger som vil være en trussel for rikets sikkerhet eller forhold til fremmede stater, gis i retten, jfr. tvistemålsloven § 204 nr. 1 og straffeprosessloven § 117. Disse bestemmelsene gjelder imidlertid også forbud mot forklaringer, men man kan her lett tenke seg en analogisk anvendelse på billedopptak som viser forhold som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet, herunder for eksempel hensynet til det militære forsvar av landet og den sivile beredskap. Det hevdes i den juridiske teori at også dokumenter som inneholder opplysninger som bør holdes hemmelig på dette grunnlag, omfattes av bevisforbudet.²⁵ Når disse bestemmelsene også gis anvendelse på dokumenter, er det liten grunn til å avgrense mot billedopptak.

2.2 Ulovfestede bevisforbud

2.2.1 Innledning

De lovfestede bevisforbudsreglene som nevnt i punkt 2.1 må suppleres av ulovfestede unntak fra prinsippet om fri bevisførsel. Dette gjelder i all hovedsak bevis som er anskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Innledningsvis kan det være grunn til å

²⁵ Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*, s. 467.

presisere at prinsippet om fri bevisførsel veier tungt i norsk prosessrett, og innenfor de rammer som prosesslovgivningen angir, skal partene i all hovedsak kunne legge frem alle de bevis de måtte ønske. Ulovfestede unntak fra denne retten krever derfor tungtveiende argumenter. De generelle utgangspunkter for disse vurderingene presenteres her, mens den utfyllende redegjørelse og drøftelse følger i kapittel 4 og 5.

2.2.2 Forbud mot ulovlig ervervede bevis

2.2.2.1 Hva menes med ulovlig ervervelse av bevis?

I det at et bevis er ervervet ulovlig ligger at selve ervervelsen av beviset er foretatt i strid med formell lov eller forskrift som er gitt med hjemmel i formell lov. Vi kan tenke oss ulike situasjoner hvor ulovlig beviservervelse vil være aktuelt.²⁶

For det første gjelder det politiets etterforskning. De rammene for politiets fremferd som gis i loven, vil ofte kunne oppleves som et hinder for etterforskning og oppklaring av en straffesak. Dersom politiet ikke overholder disse bestemmelsene vil beviset anses for å være ulovlig ervervet.

For det andre vil private aktører lett kunne tenkes å tilsidesette loven - først og fremst ved å overtre ulike straffebestemmelser - i sin iver etter å samle bevis mot motparten i en sivil sak eller i en straffesak hvor de eller noen andre er blitt ofre for en kriminell handling. Typiske eksempler på slik straffbar beviservervelse er der en part utøver vold eller fremskaffer bevis ved tyveri.

For å karakterisere noe som en ulovlig beviservervelse er det ikke en nødvendig betingelse at noen kan straffes for beviservervelsen. I kjennelsen inntatt i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen) uttaler Høyesterett: "...bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt". De subjektive straffbarhetsbetingelsene er altså irrelevante.

²⁶ Andenæs, *Norsk straffeprosess*, bind I, s. 21-22.

Det er heller ingen betingelse for å betegne beviservervelsen som ulovlig at forholdet er i strid med straffelovgivningen. Beviset vil også være ulovlig ervervet hvis for eksempel bestemmelser i personopplysningsloven, straffeprosessloven eller arbeidsmiljøloven er overtrådt. Beviservervelse som er i strid med EMK vil også være ulovlig i og med at bestemmelsene i konvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven²⁷, jfr. § 2 nr. 1. Videre forutsetter lovlig beviservervelse at man handler i tråd med de formelle forskrifter som er gitt på området. Når det gjelder instruks har det i den juridiske teori vært hevdet at hvorvidt overtredelse innebærer ulovlighet, ikke kan avgjøres på generelt grunnlag, men må vurderes ut fra blant annet instruksens art og innhold.²⁸

2.2.2.2 Betydningen av ulovligheten for adgangen til å føre beviset

Hvor ervervelsen av et bevis er foretatt i strid med lov eller forskrift, oppstår spørsmålet om den ulovlighet som har funnet sted skal ha betydning for adgangen til å føre beviset. Hverken straffeprosessloven eller tvistemålsloven regulerer hvordan man skal forholde seg til ulovlig ervervede bevis. Det fremgår av forarbeidene til straffeprosessloven at lovgiver ønsket å overlate løsningen av dette spørsmålet til teori og rettspraksis.²⁹

Det følger av rettspraksis og juridisk teori at i de tilfellene hvor det å føre et ulovlig ervervet bevis vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse av det rettsbruddet som ervervelsen innebar, vil beviset som hovedregel måtte avskjæres.³⁰ I dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 kommer dette tydelig frem. Saken gjaldt en ulovlig fremprovosert politiforklaring, men det er først og fremst de generelle uttalelsene som retten kommer med som er interessante i denne sammenheng. Høyesterett uttaler:

”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller

²⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

²⁸ Bratholm, *Betydningen av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 112, og Bjørnvik og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 21 flg.

²⁹ Se Innstillingen om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (1969), s. 197 og Ot.prp.nr. 35 (1978-79) *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)*, s. 139.

³⁰ Se om dette Andenæs, *Norsk straffeprosess*, bind I, s. 269-279, Skoghøy, *Tvistemål*, s. 655 og Hov, *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*, s. 230.

fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt. 1991 side 616 og Rt. 1997 side 795.”

Regelen om bevisavskjæring ved gjentatt eller fortsatt krenkelse gjelder imidlertid ikke uten unntak, og retten kan etter en helhetsvurdering komme til at beviset likevel bør føres der hensynet til sakens opplysning er tilstrekkelig tungtveiende.

I de tilfeller der føring av beviset ikke vil medføre gjentatt eller fortsatt krenkelse vil retten, som fremhevet i sitatet fra dommen, måtte foreta en interesseavveining av hvorvidt det ulovlig ervervede beviset skal tillates ført. Retten vil vurdere den enkelte sak individuelt, men noen retningslinjer er gitt i rettspraksis og juridisk teori. Momenter vil kunne være generelle og overordnede hensyn som hensynet til sakens opplysning og hensynet til personvernet. I en slik avveining vil retten også trekke inn konkrete forhold i den enkelte sak som hvor grovt det rettsbrudd som er begått ved ervervelsen er – hvorvidt det er snakk om en alvorlig og klar tilsidesettelse av loven eller det er bare en mindre krenkelse av en forskrift. Hvilken betydning ulovligheten har hatt for beviset vil også kunne tas i betraktning, særlig i de tilfeller hvor beviservervelsen har redusert bevisets pålitelighet. Dessuten vil det kunne ha betydning hvor alvorlig saken generelt må sies å være. I straffesaker vil det utover dette også kunne legges vekt på grovheten av den forbrytelse saken gjelder, og om beviset man ønsker å føre er til gunst eller skade for tiltalte. I sivile saker vil man også kunne vurdere om den som hadde beviset for hånden unnlot å utlevere beviset til tross for at vedkommende var forpliktet til å legge det frem.³¹

2.2.3 Forbud mot utilbørlig ervervede bevis

Dersom det billedopptak parten ønsker å legge frem for retten er skaffet til veie på lovlig måte, er utgangspunktet at opptaket kan brukes som bevis i rettssaken. Man kan

³¹ Bjørnvik og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 29-37.

imidlertid tenke seg at beviservervelsen likevel er kritikkverdig og på grensen til hva som er lovlig. For denne type beviservervelse har det funnet sted en utvikling i rettspraksis. Det finnes flere eksempler på at Høyesterett har avskåret bevis som er lovlig ervervet, men hvor beviservervelsen er utilbørlig og hvor det ville være urimelig å tillate disse bevisene av andre grunner enn formell lovstrid. Aall uttrykker det slik:

”To linjer i denne utviklingen trer frem: For det første trer temaet formell lovstrid ved ervervelsen av det omtvistede bevis noe i bakgrunnen til fordel for temaet kritikkverdighet. For det andre flyttes tyngdepunktet i vurderingen fra fremskaffelsessituasjonen til anvendelsessituasjonen”.³²

Fra rettspraksis kan nevnes blant annet Gatekjøkkenkjennelsen hvor Høyesterett avviste et videoopptak, foretatt av arbeidsgiveren, brukt som bevis i en straffesak mot en av de ansatte. Beviset skulle angivelig vise at vedkommende begikk underslag. Høyesterett foretok en omfattende redegjørelse for om beviset var ervervet ulovlig eller ikke og anså at ”det kan være diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser”. Men retten valgte å avgjøre saken på annet grunnlag idet den fant at ”fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel”. Dette måtte etter rettens mening være nok til å bedømme beviset under samme synsvinkel som de ulovlig ervervede bevis.

I Rt. 1997 s. 795, den såkalte Lydbåndopptakkjennelsen, gir Høyesterett direkte uttrykk for at bevisforbud må rekke lenger enn til å omfatte bare de ulovlig ervervede bevis. Dette var en familiesak vedrørende foreldreansvar og den daglige omsorgen for to barn. Moren hadde uten at faren visste om det tatt opp på lydbånd samtaler mellom faren og barna, som hun ønsket å legge frem som bevis for retten. Høyesterett foretok i kjennelsen først en vurdering av om morens opptak var i strid med straffeloven § 145 a. Retten konkluderte imidlertid med at ”hun gjorde seg neppe skyldig i noen straffbar overtredelse av bestemmelsen”, og beviset var derfor ikke ulovlig ervervet. Høyesterett uttalte at ”den ulovfestede adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min oppfatning rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling”. Det kan være gode grunner for å avvise et bevis til tross for at

³² Aall, *Høyesterett som rettsskaper – særlig på området for utilbørlige bevis*, s. 965.

beviservervelsen ikke er ulovlig. Retten vurderte beviservervelsen og så på denne som sannsynligvis lovlig, men likevel kritikkverdig, noe som i seg selv kan gi grunnlag for å avvise et bevis. Høyesterett mener nemlig at ”slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojale og støtende”.

Til slutt kan det være grunn til å understreke at rettspraksis og juridisk teori har åpnet for å avvise bevis som ikke er ulovlig, men utilbørlig ervervet. Dette fordrer imidlertid at retten foretar en avskjæringsvurdering hvor det må legges vekt på mange av de samme hensyn som ved en vurdering av om ulovlig ervervede bevis skal tillates ført, jfr. punkt 2.2.2.2. Generelt kan man si at retten her bør legge en utilbørlighetsstandard til grunn som også omfatter en del moralske vurderinger. Hva som vil være utilbørlig beviservervelse er en rettslig standard som endrer seg i takt med samfunnsutviklingen. Oppfatningen av hva som er ”illojalt og støtende” å legge frem som bevis i retten, endrer seg også over tid. Med bakgrunn i rettspraksis og juridisk teori kan man imidlertid hevde at denne standarden omfatter de tilfeller der beviservervelsen baseres på uærlighet, uredelighet og manglende åpenhet i forholdet mellom partene.³³

2.2.4 Forslag om å lovfeste bevisforbud

I forbindelse med arbeidet med ny lov om tvisteløsning i sivile saker har Tvistemålsutvalget fremmet et forslag om å lovfeste forbudet mot utilbørlige bevis.³⁴ Forslaget er forankret i et ønske om å lovfeste de viktigste reglene som angår bevisførsel for retten og bygger på den relativt utførlige rettspraksis som finnes på feltet. Lovforslaget omfatter naturlig nok bare sivile saker, men som det fremgår av forarbeidene er det ”grunn til å overveie om tilsvarende bestemmelser bør gis i straffeprosessloven”.³⁵

³³ Bjørnvik og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 26.

³⁴ Se NOU 2001:32 *Rett på sak*, Lov om tvisteløsning (tvisteloven), bind A lovutkastet § 25-7, jfr. nærmere om forslaget i bind B, del III. kapittel 25.

³⁵ Se NOU 2001:32 *Rett på sak*, bind B del III. kapittel 26, særlig 26.3.2.

Lovforslaget § 25-7 lyder:

”Retten kan i særlige tilfeller nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte dersom føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”.

Betegnelsen ”fremskaffet på utilbørlig måte” anvendes her som en samlebetegnelse på både de ulovlig ervervede og de utilbørlig ervervede bevis siden man ifølge utvalget ikke har lagt avgjørende vekt på om beviservervelsen har vært i strid med lov. Utvalget mener bestemmelsen skal være en unntaksregel, jfr. ordlyden ”kan i særlige tilfeller”, og man vil ved en slik bestemmelse ikke legge bånd på rettens vurdering utover at det er en forutsetning for bevisforbud at føringen av det utilbørlig ervervede bevis vil krenke ”tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”. Forslaget om en lovfestet bevisforbudsregel i § 25-7 tar ifølge utvalget ”sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger”.³⁶

På grunn av den sterke forankringen bestemmelsen har i rettspraksis og den vage utformingen den er gitt, vil ikke en eventuell vedtagelse av en slik lovhjemmel ha noen nevneverdig betydning utover å kodifisere det som nå klart følger av rettspraksis. Bratholm hevdet i 1959 at en slik lovregel ”måtte bli svært generell og derfor neppe ville gi synderlig veiledning i det enkelte tilfelle”, men at en slik bestemmelse likevel kunne ha en viss preventiv effekt.³⁷ Det er grunn til å si seg enig med Bratholm i dette og tillegge at det kan være positivt å lovfeste slike utgangspunkter også av andre grunner. Det har blant annet vært påberopt at innskrenkinger i den frie bevisførsel krever lovhjemmel,³⁸ og selv om Høyesterett har tatt klart avstand fra denne påstanden, vil det være heldig blant annet for tiltaltes muligheter for å forutse sin rettsstilling at unntak fra prinsippet om fri bevisførsel er lovfestet.

³⁶ NOU 2001:32 *Rett på sak*, bind B del III. kapittel 25.2.

³⁷ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 132.

³⁸ Se tiltaltes anførsler på s. 1116 i Løgndektorkjennelsen inntatt i Rt. 1996 s. 1114.

2.3 Bevisforbud etter EMK

2.3.1 De generelle utgangspunkter om bevisførsel etter EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, som ifølge menneskerettsloven § 2 nr. 1, gjelder som norsk lov, inneholder ingen bestemmelser som uttrykkelig regulerer avskjæring av bevis for norske domstoler. Noen av konvensjonens bestemmelser har imidlertid indirekte betydning på dette rettsfeltet idet de gir uttrykk for generelle grunnprinsipper som skal sikre en rettferdig rettsprosess både for straffesaker og sivile saker, jfr. blant annet EMK artikkel 6. Tilsvarende bestemmelser følger også av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter³⁹ (SP), men disse er stort sett sammenfallende med EMK. Sistnevnte håndheves og utvikles dessuten av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) og spiller derfor en vesentlig større rolle i praksis enn SP. Vi tar derfor utgangspunkt i EMK.⁴⁰

EMK artikkel 6.1 gir uttrykk for et grunnkrav til rettergangsbehandling. Partene har krav på ”fair trial”. I dette generelle uttrykket ligger blant annet at partene skal gis rimelige muligheter til å legge frem sin side av saken gjennom bevis. Et bevisforbud vil kunne være uforenlig med kravet til rettferdig rettergang. Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak, og bestemmelsen er ikke til hinder for at den enkelte konvensjonsstat selv gir regler om bevisforbud begrunnet i vernet av andre beskyttelsesverdige interesser, som vernet om taushetsplikten eller hensynet til rikets sikkerhet. I visse tilfeller kan også slike bevisforbud være i tråd med konvensjons egne bestemmelser. Bevisforbud kan for eksempel være påkrevd for å sikre personvernet, jfr. EMK artikkel 8.

2.3.2 Ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis etter EMK

Etter norsk rett er det som tidligere nevnt ulovfestede regler som er bestemmende for hvordan domstolen skal behandle bevis som ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. I det følgende vil vi imidlertid søke å redegjøre kort for hvordan EMK forholder seg til dette.

³⁹ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.

⁴⁰ Se for øvrig NOU 2001:32 *Rett på sak*, bind A, del II. kapittel 16.2.

Innledningsvis kan det være grunn til å konstatere at det er to typetilfeller her. Bevis som er ervervet i strid med norsk rett, og bevis som ervervet i strid med konvensjonen. Siden konvensjonens bestemmelser skal gjelde som norsk lov, vil man kunne gå ut fra at domstolen vil behandle bevis ervervet i strid med konvensjonen som ulovlig ervervede bevis.

Det å anvende et billedbevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet kan tenkes å være i strid med kravet til "fair trial" i EMK artikkel 6.1. Det overordnede hensynet til rettferdig rettergang vil kunne være uforenlig med bevisførsel hvor en av partene har tatt i bruk kritikkverdige og ulovlige metoder for å erverve bilder og videoopptak. Artikkel 6.2 påberopes også i rettspraksis og juridisk teori i forbindelse med ulovlig ervervede bevis. Denne bestemmelsen fastslår at "everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law". Bruk av ulovlig ervervede billedopptak kan være i strid med dette idet skyld ikke i alle tilfeller kan sies å være bevist etter loven når man har anvendt bevis som er ervervet på ulovlig måte. Artikkel 6.2 gjelder imidlertid bare for straffesaker og kan sies å være bare en presisering av de generelle krav til rettergang som følger av 6.1. Dessuten vil momentene i vurderingen etter 6.1 og 6.2 for disse sakene i stor grad være sammenfallende. I den videre fremstillingen vil vi derfor bare vise til artikkel 6.

Spørsmålet om føring av ulovlig ervervede bevis har vært vurdert i flere saker for EMD. De fleste sakene angår imidlertid ikke bruk av billedopptak som bevis, men er likevel av en viss interesse for å vise domstolens tilnærming til bevisforbudsspørsmål. Et eksempel er den såkalte Schenkdommen.⁴¹ Her vurderte domstolen om det var i strid med EMK artikkel 6 å anvende et ulovlig foretatt lydbåndopptak av en telefonsamtale som bevis i en straffesak. Det følger av dommen at det er opp til den enkelte stat å regulere adgangen til å føre bevis, men man konstaterte også at i den grad slik bevisførsel undergraver kravet til en rettferdig rettergang, vil det være i strid med artikkel 6 å tillate bevisene ført for retten. Etter en bred vurdering kom domstolen til at bevisførsel ikke var i strid med konvensjonen. Det ble blant annet trukket frem at det ikke kunne være utslagsgivende at tiltalte i saken aksepterte bevisførselen. Det ble også

⁴¹ Schenk mot Sveits, 12. juli 1988, (10862/84).

lagt vekt på at tiltalte hadde mulighet til å føre motbevis, og at det var gitt mulighet for kontradiksjon idet man kunne avhøre samtaleparten. Den informasjon som fremgikk av opptaket kunne også vært fremskaffet på annen og lovlig måte. Videre ble det argumentert med at opptaket ikke var det eneste beviset og at det lå en bred bevisvurdering til grunn for domstolens avgjørelse i straffesaken. Dommen viser på denne måten at det fordrer en nærmere vurdering å avvise bevis som er ervervet i strid med loven.⁴²

Schenkdommen illustrerer at den vurdering som gjøres i forhold til EMK artikkel 6 er svært lik den vurdering Høyesterett har foretatt i tilsvarende saker vedrørende ulovlig ervervede bevis. Det kan imidlertid være grunn til å peke på de forskjeller som har vist seg. Tvistemålsutvalget har i forbindelse med lovforslaget til en ny tvistemålslov vurdert dette og følgende fremkommer av utvalgets redegjørelse:

”Etter utvalgets mening tilsier imidlertid Domstolens praksis at artikkel 6.1 får liten selvstendig betydning som begrensning på dette område fordi den norm som har utviklet seg i nasjonal rettspraksis tilsynelatende nokså uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv”.⁴³

Utvalget mener videre at EMD ikke synes å legge like stor vekt på personvern hensynet og spørsmålet om gjentatt eller fortsatt krenkelse som Høyesterett har gjort. Det er ifølge utvalget den betydning krenkelsen har hatt for bevisverdien og mulighetene for kontradiksjon som tillegges størst vekt. For å begrunne disse påstandene trekker utvalget frem et eksempel i dommen Khan mot Storbritannia hvor det var snakk om anvendelse av lydbåndopptak foretatt ved hemmelig romavlytting som bevis i en narkotikasak.⁴⁴ EMD konstaterte at EMK artikkel 8 var krenket, men de personvern hensyn bestemmelsen er satt til å beskytte var ikke tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne bevisforbud. Det var ifølge domstolen forenlig med kravet til ”fair trial” å tillate et slikt bevis. Det følger av den redegjørelse utvalget har gitt at de ”antar at denne avveiningen ville falt annerledes ut etter den ulovfestede norske regel”. Det er grunn til å si seg enig med utvalget. Norsk rettspraksis har vist at det iallfall stilles krav om at

⁴² Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, s. 312.

⁴³ NOU 2001:32 *Rett på sak*, bind B, del III. kapittel 25.2.

⁴⁴ Khan mot Storbritannia, 12. mai 2000, (35394/97).

tungtveiende hensyn taler for bevisførsel dersom retten skal tillate bevis som klart er ervervet i strid med norsk lov eller konvensjonen. Der hvor det, som i dommen, er snakk om bevis ervervet ved klare brudd på grunnleggende regler som er satt for å beskytte personvernet, vil de nok i alle tilfelle avskjæres.

Det vises for øvrig til punkt 3.4. om personvernet etter EMK artikkel 8.

3 Grensen mellom lovlig og ulovlig fjernsynsovervåking

3.1 Oversikt

Det er mange regler som kan få betydning ved vurderingen av grensen for hva som er lovlig fjernsynsovervåking. De mest sentrale bestemmelsene finnes i personopplysningsloven⁴⁵ og i straffeprosessloven. Personopplysningsloven er en videreføring av den tidligere personregisterloven.⁴⁶ Loven kodifiserer mange prinsipper som tidligere fulgte av rettspraksis. For politiet vil straffeprosessloven § 202 a i tillegg gi en utvidet adgang til fjernsynsovervåking. EMK vil videre kunne gi retningslinjer for hva som ansees som lovlig fjernsynsovervåking. Nødrettsbetraktninger er også et mulig kompetansegrunnlag der overvåkingen i utgangspunktet er ulovlig.

Annen lovgivning som angår behandling av personopplysninger kan imidlertid også få betydning for lovligheten av fjernsynsovervåking. Et eksempel kan være straffelovens regler om ærekrenkelser i §§ 246 og 247. Dersom fjernsynsovervåkingen kan sies å innebære en ærekrenkelse vil den være ulovlig etter disse bestemmelsene. Dette kan være tilfelle der billedopptakene viser at en person har en elskerinne, og disse blir brukt for å dokumentere påstander om at personen har lav moral eller at han ikke er til å stole på. Videre kan regler om gjengivelse eller visning av personbilde i åndsverkloven⁴⁷ § 45 c sette skranker for fjernsynsovervåking ut fra personvern hensyn. Bestemmelsen forbyr i utgangspunktet gjengivelse eller offentlig visning av et fotografi som avbilder en person uten samtykke fra vedkommende. Arbeidsmiljøloven⁴⁸ § 12 fastsetter at teknologi og arbeidsorganisasjon skal legges opp på en slik måte at arbeidstakerne ikke

⁴⁵ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

⁴⁶ Lov 9. juni 1978 nr. 48 om personregistre m.m (opphevet).

⁴⁷ Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

⁴⁸ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 2. april 1977 nr. 4.

utsettes for uheldige psykiske belastninger. Denne bestemmelsen kan gi viktige skranker i forhold til fjernsynsovervåking på arbeidsplassen.⁴⁹

Vi vil i den videre fremstilling behandle spørsmålet om grensen mellom lovlig og ulovlig fjernsynsovervåking i forhold til vilkårene i personopplysningsloven og i straffeprosessloven. Dette fordi disse lovene inneholder bestemmelser som eksplisitt angår fjernsynsovervåking, og det vil derfor være i forhold til disse to regelsettene de mest praktiske og interessante problemstillinger reiser seg. Utover dette vil vi også ta for oss forholdet til EMK og nødrettslige betraktninger.

3.2 Adgang til fjernsynsovervåking etter personopplysningsloven

3.2.1 Begrepet fjernsynsovervåking

Personopplysningsloven har egne regler om fjernsynsovervåking i kapittel VII. Begrepet ”jernsynsovervåking” brukes i loven om ”vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende fjernsynskamera, fotografiapparat eller lignende apparat”, jfr. § 36.

Et spørsmål blir hvilke tilfeller av fjernsynsovervåking som rammes av loven, og hvilke tilfeller som fortsatt må reguleres av ulovfestet rett. Definisjonen i personopplysningslovens § 36 er ført videre fra daværende personregisterlov § 37 tredje ledd og den tidligere § 390 b i straffeloven, og må tolkes på samme måte som disse.⁵⁰

Et av vilkårene er at overvåkingen må dreie seg om ”personovervåking”. Med dette menes overvåking av individer hvor en person direkte eller indirekte kan identifiseres. Lovens hovedformål er å beskytte personvernet. Overvåking som ikke er egnet til å identifisere eller gjenkjenne personer, vil ikke falle inn under definisjonen da slik overvåking ikke gir anledning til å samle inn personopplysninger. Overvåkingen må videre være rettet mot fysiske personer, og loven vil derfor ikke komme til anvendelse

⁴⁹ NOU 1997:19, *Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger*, kapittel 6.1.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999), kapittel 8.1 og 8.3.

på overvåking av dyr, bygninger eller lignende. Et annet avgjørende moment i tolkningen av begrepet personovervåking er formålet med overvåkingen. Dersom formålet med overvåkingen for eksempel er industriell overvåking, vil dette ikke omfattes av begrepet.⁵¹

Overvåkingen må også være ”vedvarende eller regelmessig gjentatt” for å rammes av lovreguleringen. Lovgiver avgrenser ved denne formuleringen mot fjernsynsovervåking som kun skjer over et kort tidsrom eller sporadisk. Dette følger også av lovforarbeidene til lov om endring i straffeloven m.m. § 390 b):

”Lovforslaget regulerer ”vedvarende eller regelmessig gjentatt” iakttagelse. Fotografering, filming o l av bestemte begivenheter, selv om dette skulle strekke seg over tid, vil ikke ha karakter av overvåking, og følgelig falle utenfor lovreguleringen. Systematisk iakttagelse eller opptak vil imidlertid omfattes selv om iakttagelsen eller opptaket ikke skjer permanent. F eks vil bruk av kameraer som bare trer i funksjon med faste mellomrom, til bestemte tider, eller når en person kommer inn i kameraets billedfelt, omfattes.”⁵²

Det er altså ikke avgjørende hvor lenge overvåkingen pågår, i hvert fall dersom det dreier seg om en bestemt begivenhet. I forhold til for eksempel overvåking på arbeidsplassen har avgrensningen den konsekvens at overvåking av bestemte situasjoner som ikke er vedvarende, faller utenfor lovens anvendelsesområde selv om integritetskrenkelsen kan være stor. For politiet vil dette vilkåret medføre at de kan ta enkeltbilder eller korte videoopptak, for eksempel ved spaning av et narkotikasalg uten at det ville falle inn under reguleringen i personopplysningsloven. Det vil altså bare være ved filming fra overvåkingsinstallasjoner som har en vedvarende karakter at opptaket vil ansees som fjernsynsovervåking.⁵³

Videre må opptaket skje ved ”fjernbetjent eller automatisk virkende” kamera. Det vil her gå et skille mellom de fastmonterte og de manuelt førte kameraene. Definisjonen tar sikte på å skille ut den private bruken av videokamera. I de tilfeller politiet installerer et fast kamera og bruker dette for eksempel ved automatisk trafikk kontroll, vil dette falle inn under personopplysningsloven, og politiet må følge bestemmelsene i loven. De

⁵¹ Johansen, Kaspersen og Skullerud, *Personopplysningsloven. Kommentartutgave*, s. 67-69.

⁵² Jfr. Ot.prp.nr. 56 (1989-90) s. 57-58.

⁵³ Ulrichsen, *Om politiets adgang til å fjernsynsovervåke offentlig sted*, s. 25.

fleste tilfeller der politiet bruker videokamera faller imidlertid utenfor personopplysningsloven. Dette fordi kameraene ofte vil være manuelt styrte. Dette vil for eksempel være tilfellet for en spaningsgruppe som filmer den mistenkte med et håndholdt kamera. I andre tilfeller der politiet bruker fast monterte kameraer, for eksempel et videokamera som er montert i en politibil, vil opptakene sjelden ha en så vedvarende eller regelmessig karakter at de faller inn under loven.⁵⁴

Loven lister videre opp ”fjernsynskamera, fotografiapparat eller lignende apparat” for hvilket teknisk utstyr som kan sies å falle inn under loven. Alternativene ”fjernsynskamera” og ”fotografiapparat” tar nok sikte på å omfatte de fleste eksisterende former for tekniske innretninger som kan formidle bilder. Utviklingen går imidlertid svært raskt på dette området (jfr. punkt. 1.5) og betegnelsen ”lignende apparat” vil fange opp eventuelle nye typer utstyr.

3.2.2 Grunnvilkår for å iverksette fjernsynsovervåking

3.2.2.1 Lovens anvendelsesområde

Siden personopplysningsloven har stor betydning for hvilke typer videoovervåking som tillates og hvordan slik innsamling og lagring av informasjon skal foregå, kan det være interessant å se nærmere på vilkårene i loven. Dette vil være vilkår som må overholdes for at en overvåking skal være lovlig. Bestemmelsene som gjelder fjernsynsovervåking er samlet i personopplysningsloven kapittel VII, der § 37 i tillegg gir reglene i §§ 8, 9, 11, 31 og 32 anvendelse for overvåking av denne typen. Lovens øvrige bestemmelser vil imidlertid komme til anvendelse for fjernsynsovervåking der denne er å regne som behandling av personopplysninger slik det er definert i lovens § 3. Vi vil i det følgende ikke komme nærmere inn på lovens alminnelige anvendelsesområde, og kommer i hovedsak til å konsentrere oss om de særregler som gjelder for fjernsynsovervåking.

For opptak som ikke omfattes av lovens saklige virkeområde etter § 3, gjelder som nevnt kapittel VII om fjernsynsovervåking. Dette vil være ved fjernsynsovervåking som

⁵⁴ Johansen, Kaspersen og Skullerud, *Personopplysningsloven. Kommentarutgave*, s. 260 – 261.

hverken kan sies å utgjøre noen elektronisk behandling eller som gjør det mulig å søke etter enkeltpersoner. Analoge opptak på bånd vil naturlig falle inn under denne kategorien. Teknologien har som nevnt åpnet for andre opptaksmuligheter, og det blir nok mer og mer vanlig å lagre billedopptak digitalt. Dette kan da få stor betydning for hvilke deler av loven som kommer til anvendelse. Regelen i § 37 vil imidlertid fortsatt ha praktisk betydning for analoge billedopptak, samt innebære at også opptak som ikke lagres, men som bare overføres direkte til en fjernsynsskjerm, omfattes av loven. Denne typen opptak er svært vanlig for eksempel ved overvåking av bensinstasjoner eller banker.

3.2.2.2 Vilkår for å behandle personopplysninger

Personopplysningsloven § 8 omfatter vilkår for å behandle personopplysninger. Med personopplysning menes ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkelt person”, jfr. personopplysningsloven § 2 nr. 1. Hva som ligger i uttrykket ”behandling av personopplysninger” følger av § 2 nr. 2: ”enhver bruk av personopplysninger, som f.eks. innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter”. Ved fjernsynsovervåking vil man kunne samle inn personopplysninger, og slik overvåking må derfor ansees som behandling av personopplysninger.

Bestemmelsen i personopplysningsloven § 8 gir en uttømmende oversikt over i hvilke tilfeller behandling av personopplysninger kan finne sted. Dette kan skje i tilfeller hvor enten den registrerte har samtykket eller det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling. Dersom det hverken foreligger samtykke eller hjemmel i lov, må et av de øvrige vilkårene i § 8 bokstav a til f være oppfylt.

Lovens hovedregel er at den registrerte må samtykke i behandlingen av personopplysningene. Hvilke krav som stilles til samtykket fremgår av § 2 nr. 7 som definerer samtykke som: ”en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv”. Av dette følger at samtykket må gis av den registrerte, og at både skriftlig og muntlig

samtykke omfattes. Det kan i den forbindelse oppstå avtalerettslige problemstillinger rundt krav til samtykke, spesielt i forhold til stilltiende eller forutsatt samtykke.

Definisjonen av samtykke er en av hovedpilarene i personopplysningsloven, som er bygget opp rundt tanken om enkeltindividets selvvråderett over opplysninger om seg selv. I forarbeidene til loven, fremheves det at behandling av personopplysninger i størst mulig grad bør baseres på samtykke fra den registrerte.⁵⁵ Samtykke kan være aktuelt for eksempel ved overvåking av arbeidsplass, ved at det inngås en avtale med de ansatte.

Når adgangen til å innhente personopplysninger er hjemlet i lov gir dette et selvstendig grunnlag for å benytte seg av slik informasjon. Personopplysningsloven skal på denne måten ikke oppstille tilleggsvilkår når Stortinget allerede har bestemt at behandlingen av personopplysninger er nødvendig for å ivareta viktige samfunnsinteresser. Hvorvidt slik behandling av personopplysninger er så sterkt forankret i lov at dette alternativet kommer til anvendelse må avgjøres ved å tolke loven.⁵⁶ Jo større personvernmessige konsekvenser behandlingen vil få, jo klarere hjemmel kreves det. Det er dette som menes med det relative legalitetsprinsipp.⁵⁷

Det siste alternative vilkår for å behandle personopplysninger er når det er nødvendig for å ivareta bestemte interesser som er nærmere oppregnet i § 8 bokstav a til f. Kravet til nødvendighet gir føringer om at det skal noe til for å kunne behandle personopplysninger uten samtykke eller hjemmel i lov. Det kan imidlertid ikke stilles krav om at behandling av personopplysninger må være den eneste mulighet for å ivareta interessene i alternativene a til f.

Alternativene i § 8 bokstav a til f er skjønnsmessig utformet, og det vil i utgangspunktet være opp til den behandlingsansvarlige selv å vurdere hvorvidt vilkårene er oppfylt. Et interessant spørsmål er hvordan denne nødvendighetsvurderingen står seg overfor regelen om samtykke. Kravet til samtykket kan nok ikke uten videre ignoreres dersom det er mulig å påberope seg nødvendighetsalternativet. Det kan være gode grunner for å

⁵⁵ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) kapittel II.

⁵⁷ Boe, *Innføring i juss. Juridisk tenking og rettskildelære*, s. 209.

tolke loven slik at nødvendighetsalternativene bare kan benyttes dersom det ikke er praktisk eller økonomisk mulig å innhente samtykke. I den videre fremstillingen vil bare alternativene i bokstav e og f behandles da det er disse som er mest praktiske i forhold til fjernsynsovervåking.

§ 8 bokstav e tillater behandling av personopplysninger når dette er nødvendig for å utøve offentlig myndighet. Denne bestemmelsen kan være aktuell der politiet som forvaltningsorgan ønsker å benytte seg av fjernsynsovervåking som et ledd i sin offentlige myndighetsutøvelse, for eksempel som etterforskningsorgan eller påtalemyndighet.

Bokstav f i § 8 er interessant for fjernsynsovervåkingstilfellene idet den tillater bruk av personopplysninger når behandlingen er nødvendig for ”at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan ivareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”. Tredjepersoner likestilles her med den behandlingsansvarlige. Bestemmelsen forutsetter en avveining mellom den behandlingsansvarliges interesser for å gjennomføre behandlingen og den registrertes personverninteresse for at behandlingen ikke gjennomføres. Justisdepartementet legger til grunn i forarbeidene⁵⁸ til loven at hensynet til privatlivets fred må veie tungt, ikke minst når de veies opp mot økonomiske og kommersielle interesser. Problemstillingen er aktuell dersom bevis fremskaffet ved overvåking av områder der hensynet til privatlivets fred gjør seg sterkt gjeldende, ønskes ført for retten. Eksempler på dette kan være overvåking av WC, i omkleddningsrom, på lugarer eller på hotellrom.⁵⁹ For politiets vedkommende vil det ofte være samfunnets interesse i å bekjempe kriminalitet som skal veies opp i mot den enkeltes krav på personvern.

⁵⁸ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999), kapittel II.

⁵⁹ Johansen, Kaspersen og Skullerud, *Personopplysningsloven. Kommentaarutgave*, s. 263.

3.2.2.3 Vilkår for å behandle sensitive personopplysninger

Personopplysningsloven § 9 gjelder behandling av sensitive opplysninger, og oppstiller vilkår for å kunne samle inn slik informasjon. Med ”sensitiv opplysning” menes blant annet det at ”en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling”, jfr. personopplysningsloven § 2 nr. 8.

I forhold til fjernsynsovervåking vil spørsmålet om sensitivitet måtte knyttes til det området som fjernsynsovervåkes. For eksempel vil automatisk trafikk kontroll måtte regnes som en sensitiv personopplysning da dette fanger opp brudd på vegtrafikkloven, som er straffbart. Fjernsynsovervåking av nedre del av Karl Johans gate i regi av politiet må også bedømmes etter § 9 da en av hensiktene med denne overvåkingen er å fange opp eventuell kriminalitet. Automatisk trafikk kontroll, overvåking i bank, postkontorer og lignende ville da i utgangspunktet være ulovlig etter § 9. Denne konsekvens av bestemmelsen ble oppdaget i sluttbehandlingen av bestemmelsen i Stortinget.⁶⁰ Det ble antatt at innsamlingen av slik informasjon var av stor samfunnsmessig interesse, og det ble derfor gjort unntak fra vilkårene i § 9 for fjernsynsovervåking, se § 37 første ledd 3. punktum. Fjernsynsovervåking som har til formål å avdekke sensitive personopplysninger som nevnt i § 2 nr. 8 bokstav b (om straff), vil derfor kunne foretas selv om ingen av vilkårene i § 9 foreligger.

Vi vil ikke behandle vilkårene i § 9 nærmere her da bestemmelsen, som nevnt ovenfor, har begrenset praktisk betydning for fjernsynsovervåking.

3.2.2.4 Krav til saklig begrunnelse

Fjernsynsovervåking må i tillegg til å oppfylle vilkårene etter personopplysningsloven § 8 også skje i overensstemmelse med grunnkravene i § 11. Alle vilkårene i § 11 må oppfylles.

Bestemmelsen i § 11 første ledd bokstav a stadfester bare at vilkårene etter § 8 og § 9 må være oppfylt for at fjernsynsovervåkingen skal være lovlig.

⁶⁰ Se Innst.O.nr. 51 (1999-2000) s. 19.

§ 11 første ledd bokstav b viser til at det oppgitte formålet med fjernsynsovervåkingen må være uttrykkelig angitt og saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet. Ifølge forarbeidene ligger det i kravet til uttrykkelig angivelse av formålet at den behandlingsansvarlige forut for behandlingen må fastsette et formål som er tilstrekkelig konkret og avgrenset til at det skaper klarhet og åpenhet om hva behandlingen skal tjene til. Jo større fare for at behandlingen kan medføre inngrep i personvernet, desto viktigere er det at formålet er nøyaktig angitt.⁶¹ Særlig ved privates overvåking kan det være vanskelig å foreta noen effektiv kontroll av om dette vilkåret blir overholdt i forkant av overvåkingen. Der offentlige myndigheter eller politiet samler inn opplysninger ved hjelp av fjernsynsovervåking, vil dette kanskje lettere kunne kontrolleres. Den behandlingsansvarlige kan ikke velge seg et hvilket som helst lovlig formål for behandling av personopplysninger. Formålet må ha en aktuell og nær sammenheng med virksomheten.

Bokstav c dreier seg om bruk av allerede innsamlede opplysninger til nye formål, og vil være mest aktuell ved bruk av overskuddsinformasjon fra fjernsynsovervåking. Denne problemstillingen vi ikke bli nærmere behandlet i det følgende da vi har avgrenset mot bruk av opplysninger som bevis til andre formål enn innsamlingsformålet.

Personopplysningsloven § 37 viser også til §§ 31 og 32. Med dette innføres det en meldeplikt på all fjernsynsovervåking, også den som skjer uten billedopptak.⁶²

3.2.2.5 Krav til særskilt behov der en begrenset krets av personer ferdes

I tillegg til disse felles bestemmelsene et det visse grunnkrav til overvåking der en begrenset krets av personer ferdes, jfr. § 38 (for hva som ligger i begrepet ”begrenset krets av personer” se punkt 3.2.4). Paragrafen er en videreføring av personregisterlovens § 37 a, og forarbeidene bak regelen må derfor også få betydning for tolkningen av personopplysningsloven § 38. Det må kunne dokumenteres et ”særskilt behov” for

⁶¹ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999), kapittel II.

⁶² Johansen, Kaspersen og Skullerud, *Personopplysningsloven. Kommentirutgave*, s. 266.

overvåkingen. I forarbeidene⁶³ presiseres det at kravet til slikt behov innebærer en skjerpelse i forhold til det ordinære saklighetskravet. Med dette menes at det må foreligge et behov for beskyttelse av vesentlige verdier. Beskyttelse av liv og helse vil alltid kunne utgjøre et slikt særskilt behov, og trolig vil også beskyttelse av vesentlige økonomiske interesser omfattes. Hva som nærmere ligger i begrepet må vurderes konkret i forhold til den som ønsker å foreta overvåkingen. Kravet til ”særskilt behov” eksemplifiseres i forarbeidene ved at kravet er oppfylt der en bedrift ønsker å benytte seg av fjernsynsovervåking som ledd i arbeidet med å forebygge farlige situasjoner, eller av hensynet til de ansattes eller andres sikkerhet.⁶⁴ Et eksempel på slik overvåking kan være de overvåkingskameraer som finnes i banker.

3.2.3 Varslingsplikt

Personopplysningsloven oppstiller også krav til varsel om at overvåking finner sted, jfr. § 40. Slikt varsel må gis enten overvåkingen skjer på offentlig sted eller sted der en begrenset krets av personer oppholder seg. At skjult overvåking ikke kan tillates har også tidligere fulgt av rettspraksis. I Gatekjøkkenkjennelsen ble det lagt stor vekt på at hemmelig videoovervåking var et sterkt inngrep i en persons integritet, og at hensynet til personvern måtte føre til at beviset ikke kunne føres for retten. Denne rettspraksis vil fortsatt være av betydning som utgangspunkt for de tilfeller som faller utenfor personopplysningsloven slik den er i dag.

Spørsmålet blir så hvordan den som er overvåket skal gjøres oppmerksom på overvåkingen. På offentlig sted kan det være naturlig å gjøre dette ved skilting. Der en begrenset krets av personer ferdes, for eksempel på arbeidssted, er det uttalt i forarbeidene til straffeloven § 390 b at varsel kan gis:

”f. eks. ved at de fortelles at overvåkingsutstyr er utplassert, at de vises dette e l. Hvordan de ansatte blir informert, er imidlertid underordnet; det avgjørende er at de på en tydelig måte er blitt gjort kjent med at området er overvåket”.⁶⁵

⁶³ Ot.prp.nr. 56 (1992-1993) s. 18.

⁶⁴ Jfr. Ot.prp.nr. 56 (1992-1993) s. 18.

⁶⁵ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990), kapittel 4.

Dette tyder på at det kan være nok å gi muntlig informasjon. Skilting kan likevel være praktisk også her ved at man på den måten også gir besøkende informasjon om overvåkingen. Personopplysningsloven tar imidlertid ikke sikte på at man skal informere om hvordan det aktuelle sted overvåkes eller at det gjøres opptak av overvåkingen.⁶⁶

Et problem har oppstått i kjølvannet av den teknologiske utvikling i forhold til digitale kameraer der man kan gjøre opptak fra svært lang avstand, opptil flere kilometer. I dette digitale materialet er det mulig å zoome seg inn på aktuelle begivenheter eller personer som er langt unna kameraets plassering. Spørsmålet i slike tilfeller blir hvor det skal skiltes; i hele området som kameraet kan tenkes å dekke eller bare i umiddelbar nærhet av kameraets plassering? Dette er et spørsmål lovgiver ikke har tatt stilling til og som det ikke kan gis noe klart svar på.

3.2.4 Offenhetsbegrepet i personopplysningsloven

Personopplysningsloven bruker begrepene ”offentlig sted” og ”sted der en begrenset krets av personer ferdes” i §§ 38 og 40. Dette er begreper som ikke blir definert i loven.

I forhold til begrepet ”begrenset krets av personer” uttales det i forarbeidene til personregisterloven:

”Steder som er tilgjengelige for allmennheten og hvor allmennheten normalt ferdes, vil ikke omfattes. F eks vil de deler av lokalene som er offentlig tilgjengelige i forretninger, bensinstasjoner, banker, restauranter/kafeer, jernbanestasjoner, tunnelbanestasjoner og flyplasser falle utenfor. Dette vil være situasjonen selv om enkelte jevnlig ferdes på sted hvor overvåkingen foretas, f eks ansatte i forretninger m v.”⁶⁷

Begrepet vil typisk kunne omfatte ansatte i bedrifter, på læreinstitusjoner og lignende. I forarbeidene bak personregisterlovens § 37 a bemerkes det at steder hvor allmennheten normalt ferdes ikke vil omfattes av uttrykket.

⁶⁶ Johansen, Kaspersen og Skullerud, *Personopplysningsloven. Kommentartutgave*, s. 274-276.

⁶⁷ Ot.prp.nr. 56 (1992-1993) kapittel 6.1.

Begrepet ”offentlig sted” har samme betydning som i den tidligere bestemmelsen i straffeloven § 390 b.⁶⁸ Forarbeidene til denne bestemmelsen presiserer at det med ”offentlig sted” menes steder som er åpne for allmennheten og hvor det foregår ferdsel, stadig eller leilighetsvis. Det blir pekt på at også en privat vei kan være offentlig i lovens forstand når den er alminnelig beferdet. Forbudet mot hemmelig overvåking på offentlig sted vil derfor omfatte de deler av forretninger, kaféer, flyplasser og lignende som er åpne for allmennheten.

Overvåking på privat sted til rent private formål faller i utgangspunktet utenfor personopplysningsloven. Man kan dermed fullt lovlig overvåke sin egen hage eller garasje. Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom kameraet fanger opp deler av det som regnes som offentlig område, forutsatt at det ikke dreier seg om helt uvesentlig overvåking. Et eksempel på overvåking til et rent privat formål kan være overvåking av en privat brygge. Dette vil i utgangspunktet være lovlig overvåking. Dersom overvåkingen fanger opp deler av et friområde, en offentlig sti eller andres eiendom, og dette ville kunne oppleves som belastende for andre, vil overvåkingen imidlertid være ulovlig.

I en dom fra Kristiansand tingrett avsagt den 24. oktober 2002, fastslår retten at også privatpersoner må melde og merke kameraovervåking av offentlige steder på lik linje med virksomheter. Tiltalte hadde overvåket et felles uteareal, samt deler av trappeoppgangen der han bodde, fra sin veranda. Han begrunnet overvåkingen med at han ønsket å avverge innbrudd. Retten konkluderte med at slik overvåking av offentlig sted falt inn under personopplysningsloven, og skulle dermed merkes og meldes slik loven krever. Dette var ikke gjort, og overvåkingen var ulovlig.

3.2.5 Oppsummering

Personopplysningsloven har kodifisert en del av de regler som tidligere ble utledet av rettspraksis. For de tilfeller der loven bare kodifiserer tidligere ulovfestet rett, vil det ikke ha skjedd noen endring av betydning for rettens vurdering i spørsmålet om

⁶⁸ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999), kapittel 16, merknadene til § 40.

bevisavskjæring. Fokus vil imidlertid med lovfestingen flyttes fra å tidligere måtte vurdere hvorvidt billedopptaket var ervervet på en kritikkverdig måte, til å vurdere om opptaket er ulovlig ervervet. De sentrale momentene i rettens vurdering vil imidlertid være de samme, for eksempel vil formålet med overvåkingen være et viktig moment etter personopplysningsloven, noe som også var sentralt i rettens vurdering etter ulovfestet rett.

Loven gir imidlertid ikke en uttømmende regulering av alle former for fjernsynsovervåking. Den vil blant annet ikke omfatte overvåking av bestemte begivenheter eller i bestemte situasjoner, noe som særlig kan være aktuelt i arbeidsforhold ved mistanke om konkrete straffbare forhold. I slike tilfeller vil det fortsatt måtte foretas en vurdering av om beviset er kritikkverdig eller utilbørlig ervervet, og om det derfor ikke bør kunne føres for retten.

3.3 Politiets særlige adgang til fjernsynsovervåking etter straffeprosessloven § 202 a

3.3.1 Bestemmelsens rettslige plassering og begrunnelse

Politiet har en særskilt hjemmel i straffeprosessloven § 202 a til å foreta fjernsynsovervåking som ett ledd i etterforskningen av straffbare handlinger. Bestemmelsen står i straffeprosesslovens fjerde del om tvangsmidler og slik fjernsynsovervåking er et foreløpig skritt under politiets etterforskning. Bestemmelsen gir bare regler om i hvilke tilfeller politiet har adgang til å benytte seg av fjernsynsovervåking i etterforskningsøyemed, og regulerer ikke situasjonen der et slikt bevis blir forsøkt ført for retten. Dersom politiets overvåking ikke er foretatt i samsvar med § 202 a, vil imidlertid beviset være ervervet i strid med formell lov. Mange av de momentene som har betydning for hvorvidt straffeprosesslovens § 202 a er overtrådt eller ikke, er også momenter som vil være viktige i avskjæringsvurderingen.

Den utvidede overvåkingsadgangen straffeprosessloven § 202 a gir, begrunnes i Ot.prp.nr. 56 (1989-1990) på s. 59 med hensynet til en effektiv etterforskning av straffbare forhold. Justisdepartementet har videre begrunnet unntaket fra

personopplysningsloven med politiets særskilte behov for å foreta skjult overvåking. Uten hjemmelen i § 202 a ville politiets mulighet til å etterforske og oppklare visse straffbare handlinger blitt innskrenket. Hensynet til personvern må derfor i noen tilfeller vike til fordel for hensynet til å oppklare kriminalitet. Et eksempel på saker der personvern må vike er ifølge forarbeidene tilfeller der det foreligger hyppig forekomst av narkotikakriminalitet på offentlig sted. En overvåking av de mistenkte parter vil være nødvendig for å sikre politiet bevis for de straffbare handlingene. En slik overvåking vil imidlertid også ramme uskyldig forbigående og andre personer som ferdes på stedet. Når man skal avgjøre hvorvidt slik overvåking skal kunne iverksettes, må man derfor foreta en avveining av hensynet til etterforskningen av de straffbare forhold på den ene siden, og hensynet til den personlige integritet for de uskyldige parter på den annen side.⁶⁹

3.3.2 Forholdet til personopplysningsloven

Straffeprosessloven § 202 a viser til personopplysningsloven, og er nært forbundet med denne. Personopplysningsloven § 40 inneholder, som nevnt i punkt 3.2.3, et generelt forbud mot skjult fjernsynsovervåking. Den fjernsynsovervåking det åpnes for i straffeprosessloven § 202 a ville derfor i utgangspunktet ha vært i strid med lovbestemmelsen. Personopplysningsloven viker imidlertid tilbake for særskilt lov som regulerer behandlingsmåten for personopplysninger, jfr. § 5. Det samme følger av lex specialis-prinsippet som gir spesielle regler forrang fremfor mer generelle regler. Bestemmelsen i § 202 a gir politiet adgang til å foreta skjult fjernsynsovervåking på nærmere bestemte vilkår. Dersom disse vilkårene ikke er oppfylt, vil man måtte falle tilbake på de generelle reglene i personopplysningsloven.

Straffeprosessloven § 202 a kommer utelukkende til anvendelse på ”fjernsynsovervåking”. Med dette begrepet menes det samme som i personopplysningsloven § 36, og det vises derfor til redegjørelsen for dette i punkt 3.2.1. § 202 a omfatter videre bare fjernsynsovervåking som er skjult. Overvåking som

⁶⁹ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990), s. 36.

er varslet eller som foregår åpenlyst, faller derfor utenfor bestemmelsen. For disse tilfeller vil imidlertid personopplysningslovens regler komme til anvendelse.

3.3.3 Høyere straff enn fengsel i 6 måneder

For at politiet skal kunne foreta opptak med skjult kamera må den straffbare handling som mistanken gjelder medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder.

Justisdepartementet mente at skjult fjernsynsovervåking burde begrenses til forhold som har en alvorlig karakter. Det er den abstrakte strafferammen i straffebudet som er avgjørende, ikke den konkrete, forventete straff for den siktede. En strafferamme på fengsel inntil 6 måneder eller bøter er ikke tilstrekkelig. Dersom straffebudet gir anledning til å idømme fengsel inntil 6 måneder og bøter, vil imidlertid vilkåret i § 202 a være oppfylt. Dette gjelder bare dersom adgangen til å kombinere straff og bøter fremkommer av selve straffebudet.⁷⁰

3.3.4 Skjellig grunn til mistanke om en eller flere straffbare handlinger

Bestemmelsen i straffeprosessloven § 202 a kommer bare til anvendelse når det foreligger ”skjellig grunn til mistanke om en eller flere straffbare handlinger”.

Det første spørsmålet som må drøftes nærmere er hva som kreves for at det skal foreligge ”skjellig grunn til mistanke”. Med ”skjellig grunn” menes en god eller rimelig grunn til mistanke. Det må foreligge objektive holdepunkter for mistanken for at denne skal være skjellig. Hov presiserer hvilke omstendigheter han mener gir slike objektive holdepunkter ved å hevde at mistanken må være begrunnet i forhold som ”erfaringsmessig skaper sannsynlighet for at siktede har begått handlingen”. Han peker på at momenter i en slik vurdering kan være siktedes egen forklaring, et motiv eller en anledning, vitneutsagn eller tekniske bevis. Subjektive oppfatninger om at en person for eksempel ”så skummel ut” er ikke relevante i en slik vurdering.⁷¹

⁷⁰ Se Rt. 1994 s. 276, som riktignok ikke gjelder straffeprosessloven § 202 a direkte. Bemerkningene som blir gjort i forhold til hva som skal forstås med ”høyere straff enn 6 måneder” må imidlertid trolig også gjelde for § 202 a.

⁷¹ Hov, *Rettergang II, Straffeprosess*, s. 49-50.

I ”skjellig grunn” ligger også at selve mistanken må ha en viss styrke.

Straffeprosessloven sier ingenting om hvor sterk denne mistanken må være, men det må være klart at mistanken ikke må være så sterk som når man skal domfelle. Det har i rettspraksis blitt lagt til grunn at ”skjellig grunn til mistanke” innebærer et krav om sannsynlighetsovervekt.⁷² Det vil si at det må være mer sannsynlig at mistenkte har begått den handling det gjelder, enn at han ikke har gjort dette.

Mistanken må videre gjelde en eller flere straffbare handlinger. I forarbeidene til bestemmelsen blir det pekt på at det ikke er noe vilkår at mistanken rettes mot en bestemt person, eller noen bestemte personer. Det vil for eksempel være adgang til å fjernsynsovervåke der politiet har mistanke om at det foregår kriminelle handlinger på et bestemt sted, men uten at mistanken kan rettes mot noen bestemt person. Vilkåret utelukker videre at politiet kan drive skjult fjernsynsovervåking som ledd i forebyggende arbeid mot kriminalitet etter straffeprosessloven § 202 a. Bestemmelsen er gitt for å lette politiets arbeid i å oppklare konkrete kriminelle handlinger. Kontinuerlig skjult overvåking av offentlig sted vil derfor være i strid med bestemmelsen. Det samme følger av bestemmelsens tidsbegrensning på fire uker, se nærmere om behandlingen av de formelle vilkår i punkt 3.3.7.⁷³

Det må også dreie seg om en straffbar handling. Det vil si at det må være sannsynlighetsovervekt for at alle straffbarhetsbetingelsene er oppfylt. § 202 a gir imidlertid straffeprosessloven § 196 tilsvarende anvendelse, noe som innebærer at fjernsynsovervåking kan finne sted selv om mistenkte ikke kan dømmes til straff på grunn av reglene i straffelovens §§ 44 eller 46 om personer som er utilregnelige og som er under den strafferettslige lavalder.

⁷² Se Rt. 1993 s. 1302, som riktignok ikke angår straffeprosessloven § 202 a. Tolkningen av begrepet må imidlertid trolig også gjelde for § 202 a.

⁷³ Ulrichsen, *Om politiets adgang til å fjernsynsovervåke offentlig sted*, s. 44.

3.3.5 Offentlig sted

Straffeprosessloven § 202 a gjelder bare overvåking som foretas på ”offentlig sted”. Bestemmelsen viser til personopplysningsloven § 40 for hva som ansees som slikt offentlig sted, se redegjørelsen i punkt 3.2.4. Offentlighetsbegrepet i personopplysningsloven og i straffeprosessloven er i denne sammenheng identisk.

Ifølge forarbeidene til bestemmelsen er det imidlertid ikke noe vilkår at de straffbare handlingene er begått eller begås på offentlig sted. Fjernsynsovervåking som etterforskningsmetode kan brukes så lenge overvåkingen foretas på et sted som er offentlig, selv om den straffbare handlingen er foretatt på sted som ikke regnes for offentlig.⁷⁴ Overvåking i private hjem er ikke tillatt etter denne bestemmelsen. Politiet har heller ikke fått utvidet hjemmel til å foreta skjult overvåking der en begrenset krets av personer ferdes, slik personopplysningsloven § 40 gir der det blir gitt varsel.⁷⁵

3.3.6 Overvåking som er av vesentlig betydning for etterforskningen

Fjernsynsovervåking er bare tillatt etter straffeprosessloven § 202 a når slik overvåking ”vil være av vesentlig betydning for etterforskningen”. Formuleringen ”vil være” antas å innebære et krav om sannsynlighetsovervekt. Det må altså være mer sannsynlig at overvåkingen er av vesentlig betydning for etterforskningen enn at den ikke er det. Det kreves likevel ikke sannsynlighetsovervekt for at saken oppklares ved bruken av det optiske etterforskningsmidlet.⁷⁶

Vesentlighetskravet innebærer ikke at fjernsynsovervåkingen må være den eneste mulighet for å skaffe bevis i saken. Forarbeidene i Ot.prp.nr. 56 (1989-1990) s. 60 understreker imidlertid at fjernsynsovervåkingen på en kvalifisert måte må ”være til hjelp for å avdekke de straffbare forhold, sikre bevis osv.” Overvåkingen må derfor konkret gi informasjon som er av betydning for saken.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990), s. 60.

⁷⁵ Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*, s. 703.

⁷⁶ Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*, s. 704.

Hvorvidt politiet kan benytte seg av fjernsynsovervåking som ledd i sin etterforskning må bero på en konkret vurdering. Et viktig hensyn i en slik avveining er hensynet til effektiv etterforskning. Hensynet til de som tilfeldig ferdes på det overvåkede sted trekker imidlertid i retning av at slik overvåking ikke bør kunne foretas. Forarbeidene nevner enkelte momenter det bør legges vekt på i en slik avveining, blant annet hvor alvorlige de straffbare handlingene er, om det foreligger alternative etterforskningsmetoder, og hvor beferdet det stedet som blir overvåket er.⁷⁷ Dersom den straffbare handlingen ikke er så alvorlig og politiet like fullt kunne ha skaffet tilstrekkelige bevis gjennom for eksempel vitneutsagn, bør ikke fjernsynsovervåking være tillatt. Dette gjelder særlig for overvåking av sterkt beferdede områder.

3.3.7 Formelle vilkår

Straffeprosessloven oppstiller også formelle vilkår for å kunne foreta fjernsynsovervåking, jfr. § 202 a andre og tredje ledd. Beslutning om å foreta fjernsynsovervåking må treffes av retten, og tillatelse gis ikke for lengre tid enn maksimalt fire uker. Beslutningen treffes uten at den siktede eller den overvåkingen retter seg mot har anledning til å uttale seg. Dette gjelder både der overvåkingen er rettet mot en bestemt person og der den er rettet mot en ubestemt krets av personer.⁷⁸ Den overvåkede får ikke status som siktet, jfr. straffeprosessloven § 82 tredje ledd og får derfor ikke partsrettigheter.⁷⁹ Disse spørsmålene vil ikke bli behandlet nærmere i det følgende.

3.4 Personvern etter EMK art. 8

Fremstillingen i kapittel 3 har til nå vært konsentrert om lovregulering av fjernsynsovervåking etter norsk rett. Vi vil i det følgende forta en kort redegjørelse for hvordan EMK forholder seg til denne type beviservervelse.

⁷⁷ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990), s. 60.

⁷⁸ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990), s. 61.

⁷⁹ Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*, s. 704.

Når det gjelder forholdet mellom norsk rett og EMK kan det være grunn til å vurdere om de aktuelle personverninteresser er tilstrekkelig vernet etter norsk rett til at kravene i konvensjonen er oppfylt. I forarbeidene til personopplysningsloven har man vurdert hvordan loven vil forholde seg til EMK. Det følger av disse at konvensjonen også vil få anvendelse på områder som personopplysningsloven regulerer, men at det vern konvensjonen gir må sies å være oppfylt etter personopplysningsloven.⁸⁰ Med den brede regulering som loven gir, er det grunn til å si seg enig i at det vil være svært få tilfeller hvor fjernsynsovervåking vil være i samsvar med loven, men i strid med EMK. Likevel kan det være grunn til se nærmere på hvordan EMK verner om privatlivet, siden dette er grunnleggende personverngarantier som også vil være veiledende for rettens vurdering av hvorvidt overvåkingen er kritikkverdig. I denne typen saker har det dessuten hendt at partene har påberopt seg at beviservervelsen var i strid med EMK og at beviset av den grunn burde avskjæres, jfr. blant annet RG 2002 s. 162.

Spørsmålet er om EMK begrenser private personers eller politiets adgang til å anvende fjernsynsovervåking for å fremskaffe bevis. I denne sammenheng er det særlig EMK artikkel 8 som er aktuell. Det følger av første punkt at: "everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence". Denne bestemmelsen gir et generelt og grunnleggende vern om den private sfære som både private og offentlige aktører må respektere. I forhold til beviservervelse er det særlig aktuelt at bestemmelsen slår fast at enhver har rett til respekt for sitt privatliv. I dette ligger også et generelt vern mot overvåking, herunder ved bruk av videoopptak, idet slike tiltak vil kunne innebære et vesentlig inngrep i privatlivet.

EMK artikkel 8.2 regulerer i hvilke tilfeller offentlige myndigheter kan gjøre inngrep i privatlivet. Det følger av denne bestemmelsen at:

"there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

⁸⁰ NOU 1997:19. Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger, kapittel 9.3.

Denne typen inngrep krever altså at to vilkår er oppfylt. For det første må overvåkingen ha hjemmel i lov. I den grad fjernsynsovervåkingen er i samsvar med norsk lov, først og fremst personopplysningsloven og straffeprosessloven, vil tiltakene som utgangspunkt være i samsvar med konvensjonen. Det stilles riktignok et vilkår til; overvåkingen må av ulike grunner være nødvendig i et demokratisk samfunn.

En rekke saker vedrørende ulike former for etterforskningsmetoder og spørsmålet om konvensjonsstridig fremferd har vært fremmet for EMD.⁸¹ De fleste sakene har foranlediget en bred vurdering fra domstolens side, med hensynet til samfunnets interesser og hensynet til individets vern stilt opp mot hverandre. Domstolene har i disse sakene først vurdert om det finnes tilstrekkelig hjemmel i den nasjonale lovgivning for tiltakene, og deretter vurdert om inngrepene var nødvendige i et demokratisk samfunn. Hvis tiltaket er lovhjemlet, vil det altså likevel kunne finnes å være i strid med konvensjonen dersom det ikke er nødvendig. Domstolen har på denne måten anledning til å overprøve den nasjonale lovgivningen. I denne sammenheng har domstolen lagt vekt på om de garantier som gis mot misbruk er tilfredsstillende og tilstrekkelig effektive. Det må ifølge Møse foretas en konkret vurdering av ordningen hvor man legger vekt på ”arten, omfanget og varigheten av kontrolltiltakene, grunnlaget for dem, hvilke myndigheter som har kompetanse til å gi tillatelse, utføre og kontrollere slike inngrep, samt hvilke nasjonale prøvningsinstanser som finnes”. Når det gjelder lovskravet har domstolen slått fast at også uskrevene regler godtas så sant de er tilgjengelige og forutsigbare. Ellers vil ikke forutsigbarhet være et krav utover at privatpersoner må gis en viss indikasjon på når de kan være underlagt overvåking. Dersom lovhjemlene gir anvisning på et visst skjønn, må dette være underlagt begrensninger selv om de spesifikke vilkårene ikke trenger å fremgå helt klart. Møse mener videre at man kan konkludere med at EMD ”ikke foretar noen streng materiell prøving av hensynet til rikets sikkerhet, men stiller betydelige krav til den nasjonale hjemmelen og garantier mot misbruk”.⁸²

⁸¹ Se blant annet Klass mfl. mot Tyskland, 6. september 1978, (5029/71) og Malone mot Storbritannia, 2. august 1984, (8691/79).

⁸² Møse, *Menneskerettigheter*, s. 407-410.

For norske domstoler har spørsmålet om forholdet til EMK såvidt vites bare vært trukket direkte frem i en lagmannsrettskjennelse inntatt i RG 2002 s. 162. Saken gjaldt en arbeidsrettstvist hvor arbeidsgiveren ønsket å føre som bevis videoopptak som var foretatt for å avdekke straffbare forhold hos de butikkansatte, noe lagmannsretten aksepterte. I kjennelsen uttaler retten følgende om forholdet:

”Lagmannsretten kan for øvrig ikke se at bevisførsel etter en slik avveining som her er gjort vil være i strid med internasjonale menneskerettigheter, jf f.eks EMK art. 8, hvor det i andre ledd er åpnet for blant annet å tillate inngrep som er nødvendige av hensyn til andres beskyttelse og rettigheter. Å beskytte seg mot kriminalitet og andre mot unødig mistanke om straffbare forhold, må derfor antas å være relevante hensyn også her. Den motsatte løsningen ville i dette tilfellet kunne være menneskerettslig sett mer problematisk, slik lagmannsretten ser det, jf kravene til en rettferdig sivil rettergang som også må antas å omfatte en klar hovedregel om fri bevisførsel.”

Sitatet viser at retten vurderte EMK artikkel 8, men den fant ikke at det å tillate bevisførselen i denne saken ville stride mot bestemmelsen. Noen nyansert drøftelse bærer kjennelsen imidlertid ikke preg av når det gjelder dette spørsmålet. Det kan blant annet stilles spørsmålstegn ved at retten ikke vurderer hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig hjemmel for overvåking etter artikkel 8.2. Videre er det grunn til å problematisere at retten brukte som argument for å føre beviset at det var anskaffet i hensikt å beskytte seg mot kriminalitet. Selvfølgelig vil slik overvåking kunne forebygge kriminalitet, men det er ikke gitt at det vil virke ytterligere preventivt å få føre beviset i retten. Det overordnede vernet etter artikkel 8.1 vurderes heller ikke.

3.5 Nødrettsbetraktninger

3.5.1 Prinsippet om nødrett

Under dette punkt vil vi se på om det foreligger forhold som kan gjøre at et ellers ulovlig beviserverv likevel blir ansett som lovlig. Det kan være tilfellet dersom en part har handlet i nødrett med hensyn til erverven av billedopptakene. Nødrett er hjemlet i straffeloven § 47. Loven uttaler seg bare om straffbarheten av nødrettshandlingen, men det er like fullt lovens forutsetning at nødrettshandlingen blir objektivt rettmessig og

ikke bare straffri.⁸³ Loven fordrer en interesseavveining mellom nødrettssituasjonen og skaden som foretas ved nødrettshandlingen. Hjemmelen for nødrett i straffeloven § 47 gjelder direkte bare for overtredelser av straffebud, men bestemmelsen kan sees som utslag av et generelt prinsipp som også gjelder handlinger som strider i mot andre lovbestemmelser eller ulovfestede prinsipper.

I Gatekjøkkenkjennelsen anførte påtalemyndigheten at opptakene som arbeidsgiveren hadde foretatt måtte være berettiget ut fra nødrettsbetraktninger. Høyesterett uttalte at hvorvidt videoopptakene kunne ansees som rettmessige på grunn av nødrett måtte bero på ”en avveining av de hensyn som talte for å foreta opptakene, mot de interesser som derved ble krenket” og viste til ”prinsippet i straffeloven §47”. Høyesterett ga her uttrykk for at straffeloven § 47 var uttrykk for et mer generelt prinsipp som også måtte vurderes i den konkrete sak. Dette gjaldt selv om arbeidsgiveren ikke hadde overtrådt noe straffebud ved overvåkingen. Kjennelsen kan derfor tas til inntekt for at det eksisterer et selvstendig prinsipp om at ellers rettsstridige handlinger blir lovlige dersom det foreligger nødrett.

3.5.2 Nødrettsbetraktninger i forhold til ulovlig ervervelse av billedopptak

Retten uttalte i Gatekjøkkenkjennelsen at vurderingen av prinsippet om nødrett måtte bero på en interesseavveining. Etter straffeloven § 47 må det foreligge en særdeles tungtveiende interesseovervekt i favør av nødrettshandlingen for at denne skal ansees som rettmessig. Mye taler for at dette kvalifiserte kravet til interesseavveining også vil gjelde for det ulovfestede prinsippet om nødrett. Dette støttes av uttalelsene i NOU 1993:3 der det pekes på at ”en absolutt betingelse må være at interesseovervekten i favør av de videregående tiltak må være særdeles tungtveiende før nødrett kan danne nødvendig kompetansegrunnlag”.⁸⁴ Dette tyder på at innholdet i nødrettsprinsippet i stor grad samsvarer med den vurderingen som forutsettes i straffeloven § 47. Når retten i Gatekjøkkenkjennelsen nøyer seg med å peke på at vurderingen om hvorvidt nødrett kan ansees som et kompetansegrunnlag beror på en interesseavveining, må det derfor

⁸³ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 167.

⁸⁴ NOU 1993:3 *Strafferettslige regler i terroristbekjempelsen*, se utvalgets uttalelser på s. 29-30.

innfortolkes i rettens argumentasjon at denne avveiningen ikke alene kan begrunne nødrett dersom ikke særdeles tungtveiende grunner taler for dette. Det er mulig det retten mener når den viser til ”prinsippet i straffeloven §47”.

Høyesterett pekte videre på at vurderingen av nødrettsbetraktninger og vurderingen av om et ulovlig bevis burde tillates ført rettslig sett er to forskjellige spørsmål, men at ”avgjørelsen langt på vei bygges på de samme avveininger”. Domstolen foretok derfor ingen selvstendig behandling av nødrettsprinsippet. Generelt synes det imidlertid mest hensiktsmessig å behandle vurderingen av om et ulovlig ervervet billedopptak likevel kan ansees som rettmessig ut fra nødrettsbetraktninger for seg, forut for vurderingen av om et ulovlig ervervet billedbevis bør tillates ført. Hvorvidt en beviservervelse ansees som ulovlig eller lovlig er et viktig moment i avskjæringsvurderingen. I Gatekjøkkenkjennelsen ble billedopptaket ikke tillatt ført som bevis hvilket betyr at retten ikke kan ha funnet videoopptaket rettmessig ut fra nødrettsbetraktninger.

Et moment i vurderingen av om en handling kan karakteriseres som lovlig på grunn av nødrett, er sakens betydning. Bratholm uttaler at det må antas at ”arten av siktelsen i tvilstilfelle vil kunne få betydning ved bedømmelsen av rettmessigheten av en bestemt etterforskningsmetode”.⁸⁵ Denne uttalelsen sikter i utgangspunktet bare til politiets handlinger, men vil også gjelde for sivile saker. For politiet kan skjulte opptak ved fjernsynsovervåking være nødvendig for å avverge fare for liv og helse, og bør da kunne betraktes som rettmessige ut fra nødrettsbetraktninger. Et slikt billedopptak kan for eksempel være nødvendig for å dokumentere og forhindre et planlagt attentat. For en nærmere vurdering av sakens betydning se punkt 5.3.2.3.

Et særskilt spørsmål som oppstår for politiet er hvorvidt nødrett kan ansees som et kompetansegrunnlag på områder der man mangler uttømmende regler for politiets inngrep. Dette har vært drøftet i NOU 1993:3 som riktignok bare tar for seg politiets nødrettslige kompetanse til avlytting, men de samme betraktninger er også aktuelle for fjernsynsovervåking. Utvalget uttaler på s. 29-30 at:

⁸⁵ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 113.

”nødrett som hovedregel ikke kan gi politiet eller andre myndighetsorganer kompetanse til under etterforskning og straffeforfølgning å foreta handlinger som ellers krever hjemmel i lov eller som er gjort straffbare. Dette gjelder særlig når lovgiveren har tatt stilling til hvor langt adgangen til f.eks. avlytting skal gå.”

Denne uttalelsen tyder på at nødrett ikke kan ansees som et særskilt kompetansegrunnlag for politiet der kompetansen allerede er regulert i lov. Lovgivningen som gir politiet kompetanse til å gjøre inngrep i personvernet må tolkes antitetisk. Av dette kan det utledes et forbud mot at politiet foretar mer vidtgående fjernsynsovervåking enn det som positivt er hjemlet i personopplysningsloven og straffeprosessloven.

Utvalget modifierer imidlertid sin uttalelse noe ved å peke på:

”På den annen side vil utvalget ikke helt utelukke at nødrettsbetraktninger kan anvendes til videregående avlyttingstiltak eller andre tiltak i de tradisjonelle nødrettssituasjoner, det vil si når dette anses tvingende nødvendig for å avverge en ellers uunngåelig fare, jfr. prinsippet i straffeloven § 47.”

Det vil derfor også for politiet kunne tenkes situasjoner der nødrett vil kunne gi kompetanse til inngrep. Slik som for private må det imidlertid foretas en interesseavveining som må veie ”særdeles” tungt i favør av inngrepet for å være lovlig.

Nødrettsbetraktninger kan på denne måten gjøre en ellers ulovlig fjernsynsovervåking lovlig. Dette vil få konsekvenser for rettens vurdering av hvorvidt billedopptaket bør kunne føres.

4 Utilbørlig fjernsynsovervåking

4.1 Innledning

Kritikkverdig beviservervelse fordrer en vurdering av om man bør avskjære beviset. I denne vurderingen vil nok retten først og fremst ta for seg om ervervelsen av billedbeviset er i strid med formell lov. Rettspraksis har imidlertid vist at også lovlig ervervet bevis vil kunne avskjæres av retten så sant ervervelsen er utilbørlig.

Ved spørsmål om avskjæring av bevis står retten ovenfor to vurderinger, for det første hvorvidt et bevis skal ansees for å være ulovlig eller utilbørlig ervervet, og dernest den skjønnsmessige vurderingen av hvorvidt beviset likevel skal føres til tross for at beviservervelsen er ulovlig eller utilbørlig. Disse to vurderingene vil gripe inn i hverandre, og mange av de samme momentene vil gjøre seg gjeldende for begge problemstillingene.⁸⁶ Dette gjelder særlig i saker hvor beviservervelsen kan sies å være utilbørlig. Det vil derfor være vanskelig å trekke klare skillelinjer mellom den utilbørlighetsvurderingen som behandles i dette kapitlet, og avskjæringsvurderingen i kapittel 5.

Innledningsvis kan det også være grunn til å presisere at området for den lovlige, men likevel utilbørlige overvåking, vil være relativt begrenset. Det foreligger en omfattende regulering av hvordan fjernsynsopptak lovlig skal erverves i personopplysningsloven. Loven vil derfor i større grad enn før legge føringer på beviservervelse av billedopptak. Der fjernsynsopptaket ikke er foretatt i samsvar med lovgivningen på området, vil billedbeviset i mange tilfeller være ulovlig ervervet. Mye av fokus blir med dette flyttet til de ulovlige bevis. Retten vil imidlertid måtte gå veien om en utilbørlighetsvurdering i de situasjoner der det ikke foreligger lovgivning som regulerer beviservervelsen.

⁸⁶ Se for eksempel RG 2002 s. 162 hvor lagmannsretten ikke skiller mellom disse to vurderingene, men foretar en samlet behandling av om billedopptaket kan anvendes som bevis for retten.

For bevis ervervet ved fjernsynsovervåking vil det først og fremst være personvern hensyn som blir vurdert i forhold til hvorvidt beviserhvervelsen er utilbørlig. Hvor sterkt personvern hensynet gjør seg gjeldende for billedopptak vil bero på ulike faktorer, og vi vil se på konkrete momenter retten har lagt vekt på i vurderingen av disse hensynenes betydning. Fremstillingen vil på denne måten basere seg på de retningslinjer som er trukket opp i rettspraksis.

4.2 Inngrepets karakter og alvorlighet

4.2.1 Oversikt

Graden av integritetskrenkelse er kanskje det viktigste momentet retten ser på når den vurderer personvern hensynene. En alvorlig krenkelse av den personlige integritet vil lettere føre til at ervervelsen av billedopptaket ansees utilbørlig enn der integritetskrenkelsen ved ervervelsen av beviset ikke er fullt så alvorlig. Hvorvidt integritetskrenkelsen kan karakteriseres som alvorlig må vurderes ut fra graden av den krenkelse den representerer for de ulike personverninteresser. Generelt kan det sies at dersom billedopptakene avslører særlig sensitiv og personlig informasjon om en person, vil de lettere utgjøre en alvorlig krenkelse som medfører bevisforbud enn der bildene bare viser informasjon som er allment tilgjengelig. Nedenfor vil vi presentere ulike konkrete momenter som domstolene har lagt vekt på når de skal fastslå hvor inngripende en beviserhvervelse foretatt ved fjernsynsovervåking er for personvernet.

4.2.2 Varsel

Av rettspraksis fremgår at overvåking som er foretatt i hemmelighet og uten forvarsel, ofte er så inngripende i forhold til den personlige integritet at ervervelsen av billedopptaket må ansees som utilbørlig. For billedopptak kommer dette frem av tre kjennelser avsagt av Høyesterett, samt underrettspraksis.

Når det gjelder utilbørlig ervervede billedopptak kan det blant annet vises til Gatekjøkkenkjennelsen. I denne kjennelsen var det som tidligere nevnt spørsmål om

hemmelig videoopptak på en arbeidsplass kunne brukes som bevis i en straffesak mot en av de ansatte. Påtalemyndigheten hadde gått til sak mot arbeidstakeren etter at daglig leder la frem videoopptak som skulle bevise at vedkommende hadde begått underslag. Det var i forståelse med de ansatte satt opp et videokamera i gatekjøkkenet slik at betjeningen kunne sitte på spiserommet når det ikke var kunder tilstede og likevel følge med på hva som skjedde i lokalet. På grunnlag av mistanke mot en av de ansatte ble det uten betjeningens viten koblet til en videoopptager til monitoren. Opptakene ble på denne måten foretatt i hemmelighet og registrerte både kunder og betjening.

Retten vurderte først inngående hvorvidt videoopptakene var i strid med bestemmelser inntatt i lov. Det var fra tiltaltes side anført at bevisene var innhentet i strid med straffeloven § 145 a, nr. 2 og 3, personregisterloven § 9 og arbeidsmiljøloven § 12 og § 19. Lovtolkningsspørsmålet ble imidlertid ikke utslagsgivende for rettens vurdering:

”Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel.”

Det fremkommer av sitatet at retten fant at videobeviset var utilbørlig ervervet på grunn av de vidtgående integritetskrenkelsene slikt hemmelig opptak medførte.

I kjennelsen inntatt i Rt. 2001 s. 668 ble det lagt avgjørende vekt på at fjernsynsovervåkingen ikke var varslet. Saksforholdet var mye likt det i Gatekjøkkenkjennelsen. En kvinne ble avskjediget fra sin stilling som butikkmedarbeider, og reiste sak mot sin tidligere arbeidsgiver med krav om at oppsigelsen ble kjent urettmessig og at hun ble tilkjent erstatning. Arbeidsgiveren ville legge frem et skjult videoopptak av personalet i butikken som bevis, noe som ble nektet av retten. Retten uttalte i den forbindelse at hemmelig videoovervåking på en arbeidsplass var ”eit vidtgående integritetsinngrep i høve til dei tilsette”, og ”klare personvern hensyn talar etter utvalet sitt syn for at eit slikt opptak i utgangspunktet ikkje er skaffa fram på lovleg måte”. Det kan derfor utledes av kjennelsen at skjult fjernsynsovervåking som regel vil være utilbørlig. Allmenn overvåking som er tydelig varslet virker det derimot som retten lettere vil akseptere:

”Utvalet tek utgangspunkt i at det på visse vilkår er høve til overvaking av eit butikklokale gjennom bruk av overvakingskamera og der opptaka blir lagra. Ei slik overvaking vil gi informasjon om både kundar og tilsette. Allmenn butikkovervaking på denne måten var tydelig varsla i butikklokalet til kjæreparten, og det kan ikkje rettast innvendingar mot denne forma for videoovervaking.”

Dette synspunkt kan også sluttas fra rettens argumentasjon i kjennelsen inntatt i RG 2002 s. 162 selv om det ikke var direkte anvendelig på det foreliggende saksforhold. Her pekes det på at alminnelig akseptert overvåking i et butikklokale rettet mot kunder, samt overvåking som de ansatte er kjent med og har akseptert, ikke bør avskjæres som bevis. Saken dreide seg om en arbeidsrettstvist der arbeidsgiver hadde foretatt videoopptak fra to ulike butikker med skjult kamera for å avdekke straffbare forhold blant de ansatte. I den ene butikken ble det skjulte kameraet montert i et område hvor det allerede ble foretatt permanente videoopptak. Årsaken til at et ekstra kamera ble satt opp var at butikkens ledelse mente at det vanlige anlegget ble manipulert av en av de ansatte. Lagmannsretten tillot imidlertid begge videoopptakene ført ut fra betraktninger om at denne typen overvåking ikke var av en tilstrekkelig inngripende karakter til å kunne betegnes som utilbørlig.

Spørsmålet blir hvilken betydning denne kjennelsen har for tolkningen av gjeldende rett. Avgjørende blir hvilken vekt kjennelsen har i forhold til tidligere motstridende rettspraksis. Det at det dreier seg om en kjennelse avsagt av lagmannsretten, vil selvsagt svekke dens vekt i forhold til om det hadde vært Høyesterett som avsa kjennelsen. På den annen side kan det at retten har holdt sin begrunnelse på et relativt prinsipielt og generelt plan bidra til å gi kjennelsen betydning utenfor den konkrete sak. Det at kjennelsen er såpass ny vil imidlertid kunne indikere at rettsstilstanden er i ferd med å endres, uten at denne rettsoppfatning helt har festet seg ennå. Om dette er tilfelle eller ikke, vil nok ikke bli nærmere avklart før en tilsvarende sak igjen kommer opp for Høyesterett. Kjennelsen i seg selv vil naturlig nok bli tillagt begrenset vekt i den følgende drøftelse. I og med at rettens domspremisser er såpass utførlige, i motsetning til tidligere rettspraksis, vil vi imidlertid bruke kjennelsen for å illustrere ulike momenter som kan være relevante.

Hemmelig overvåking som spesielt er rettet mot bestemte personer, vil lett kunne representere et for vidtgående inngrep i den personlige integritet. Dette synspunkt følger av en annen lagmannsrettskjennelse inntatt i RG 2000 s. 664. Saken dreide seg om en arbeidstaker som etter å ha blitt innkalt til møte med bedriftsledelsen underskrev en ”erkjennelse” om at hun hadde begått underslag og samtidig en oppsigelse med øyeblikkelig fratreden. Arbeidsgiveren hadde foretatt et skjult videoopptak på arbeidsstedet som avslørte arbeidstakeren, og som dermed var bakgrunn for at hun valgte å si opp. Arbeidstakeren gikk senere til sak mot arbeidsgiveren der hun fremmet krav om erstatning på grunn av urettmessig oppsigelse og krevde i den forbindelse å få legge frem opptaket som bevis i retten. Billedbeviset ble funnet å være utilbørlig, og retten kom frem til at beviset ikke kunne føres for retten. Lagmannsretten tok her utgangspunkt i at ”videoopptak som gjennomføres uten at den som overvåkes er kjent med dette, er en alvorlig integritetskrenkelse”. I likhet med kjennelsen i RG 2002 s. 162 er også dette en avgjørelse fra en underrett, og den vil derfor ha begrenset selvstendig vekt sett i sammenheng med øvrig høyesterettspraksis. Vektspørsmålet blir her imidlertid ikke satt på spissen i det lagmannsretten fulgte opp gjeldende praksis.

Det at tiltalte ble varslet om billedopptaket ble imidlertid i Rt. 1990 s. 1008 brukt som argument for at ervervelsen var lovlig, og heller ikke utilbørlig. Saken dreide seg om en mann som ble dømt for heleri etter straffeloven § 318, jfr. § 317, og for fartsoverskridelse etter vegtrafikkloven⁸⁷ § 5. Mannen ble tatt i automatisk trafikkontroll, og ut fra bildet kunne det konstateres at han hadde plassert tyvegods på taket av bilen. Dommen ble anket, og anken ble begrunnet med at påtalemyndigheten urettmessig hadde brukt fotografiet som bevis for andre straffbare forhold enn trafikkforseelsen. Tiltalte hevdet at en føring av fotoopptaket ville stride mot hans rett til personvern. Retten fant imidlertid at bevisførselen ikke ville være integritetskrenkende, og tillot at fotografiet ble fremlagt. Et avgjørende moment i rettens vurdering var at bilføreren hadde blitt varslet om trafikkovervåkingen. Han hadde derfor mulighet til å unngå å bli fotografert dersom han hadde overholdt fartsgrensen. Fremgangsmåten ved beviservervelsen ble her brukt som argument for at bevisinnhentelsen var lovlig, og dermed heller ikke kritikkverdig.

⁸⁷ Lov om vegtrafikk av 18. juni 1965 nr. 4.

Av den rettspraksis som er gjennomgått ovenfor, kan det utledes at hvorvidt fjernsynsovervåkingen er varslet eller ikke, er et viktig moment i utilbørighetsvurderingen. Det kan imidlertid ikke oppstilles noen generell regel om at all fjernsynsovervåking som ikke er varslet er utilbørlig. Kjennelsen inntatt i RG 2002 s. 162 er et eksempel på at retten kan komme til at også billedopptak foretatt ved skjult fjernsynsovervåking kan føres for retten.

4.2.3 Lojalitets - og tillitsforhold

I forhold der det normalt forventes å foreligge et særlig lojalitets- eller tillitsforhold mellom partene, vil ervervelsen av et billedopptak lettere kunne karakteriseres som utilbørlig. Dette kan utledes av Gatekjøkkenkjennelsen der retten legger vekt på at fjernsynsovervåking av de ansatte klart var i strid med ”forutsetningene for ordningen”. Fjernsynskameraet ble satt opp slik at de ansatte i stille perioder skulle kunne sitte på spiserommet og likevel følge med på hva som skjedde i butikken, ikke for å kontrollere de ansatte. Av rettens resonnement kan det virke som at nettopp det at overvåkingen skjedde i strid med partenes forutsetninger, medførte at inngrepet i den personlige integritet måtte ansees som svært alvorlig. Det å overvåke sine ansatte uten deres viten kan også ansees som et brudd på det tillitsforhold som normalt eksisterer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Et slikt brudd vil kunne oppleves som ekstra belastende for den overvåkede. Denne tankegangen vil også gjøre seg gjeldende for andre situasjoner der tillit er viktig. Dette kan for eksempel være i forholdet mellom lege og pasient, eller mellom en advokat og hans klient.

Dersom beviservervelsen innebærer brudd på et tillitsforhold vil dette derfor trekke i retning av at billedopptaket er ervervet på en utilbørlig måte.

4.3 Fjernsynsovervåkingens innretning og plassering

I RG 2002 s. 162 uttaler lagmannsretten at ”domstolene i visse tilfeller må foreta en konkret proporsjonalitetsvurdering av inngrepets karakter og alvorlighet, herunder videoovervåkingens innretning og avgrensning i tid og rom”. Det er altså ikke bare

graden av integritetskrenkelse som alene er avgjørende for hvordan personvern hensyn får utslag for utilbørighetsvurderingen, men retten har også anledning til å se på fjernsynsovervåkingens innretning, og dens avgrensning i tid og rom.⁸⁸

Overvåkingen det var spørsmål om i RG 2002 s. 162 var foretatt i et lokale der det var alminnelig kjent og akseptert at det ble foretatt fjernsynsovervåking. Den aktuelle overvåkingen billedbevisene ble fremskaffet ved, var imidlertid ikke varslet. Retten mente at inngrepet i personvernet ville være mindre alvorlig i slike tilfeller fordi videoopptaket her ville få en supplerende karakter i forhold til eksisterende overvåking. Det ble understreket at dette resonnementet ikke var avgjørende slik saken lå an, men at fjernsynsovervåkingens innretning var et moment som bygget opp under rettens konklusjon.

Fjernsynsovervåkingens innretning vil nok derfor ikke ha avgjørende betydning som moment hverken i forhold til hvorvidt beviservervelsen er utilbørlig eller om den bør avskjæres, men vil likevel kunne være relevant i vurderingen av hvor alvorlig integritetskrenkelsen er. Der billedopptakene blir foretatt på et sted man normalt ikke forventer at overvåkes, vil det nok kunne føre til en mer alvorlig krenkelse av personvernet, enn der man lettere kan forutse og forberede seg på at overvåking vil kunne skje. Overvåking av dusj og garderober, eller overvåking innen hjemmets fire vegger, kan være eksempler på områder der en person normalt forventer å få sitt privatliv respektert. Men dersom Oslo Sporveier AS skulle glemme å varsle om at deres busser er videoovervåket, vil dette ikke representere en så alvorlig integritetskrenkelse, da dette er et område av det offentlige liv vi normalt forventer kan overvåkes.

4.4 Fjernsynsovervåkingens avgrensning i tid og rom

Et ytterligere moment i vurderingen vil være hvorvidt overvåkingen har vært avgrenset til et bestemt område, eller til et begrenset tidsrom.

⁸⁸ Vi behandler fjernsynsovervåkingens innretning og plassering her, mens dens avgrensning i tid og rom blir behandlet i punkt 4.4.

Retten legger i RG 2002 s. 162 vekt på at ”den videoovervåking som så blir iverksatt er målrettet og avgrenset i tid og rom”. Retten uttaler videre ”det har så vidt lagmannsretten forstår hverken tidligere eller senere vært tale om hemmelig overvåking av tilsatte på generelt grunnlag fra bedriftens side”. Kjennelsen kan tolkes til inntekt for synspunktet om at inngrep i den personlige integritet ikke vil være av fullt så alvorlig karakter når overvåkingen har begrenset omfang. En annen tolking av lagmannsrettens uttalelse kan være at den la vekt på at den skjulte overvåkingen var et engangstilfelle fra bedriften sin side, og at dette gjorde billedopptaket lettere å akseptere. At bedriften ikke hadde for vane å foreta skjulte videoopptak av sine ansatte, medfører imidlertid ikke at det aktuelle opptaket oppleves som mindre integritetskrenkende for den overvåkede.

Generelt sett vil nok det at overvåkingen er avgrenset i tid og rom tale mot at beviservervelsen er utilbørlig.

4.5 Billedopptak foretatt som ledd i en generell foranstaltning

Et annet moment som kan være relevant å ta i betraktning i en utilbørlighetsvurdering, er hvorvidt overvåkingen er foretatt som ledd i en generell foranstaltning. Vi kjenner ikke til rettspraksis for fjernsynsovervåking der dette momentet har vært oppe, men det kan likevel være aktuelt. Det kan for eksempel være praktisk for en forretningsdrivende å gjøre rutine av å ta opp avtaleinngåelser eller viktige forretningssamtaler på lydbånd.⁸⁹ Tilsvarende opptak vil også være aktuelt for fjernsynsovervåking. Forretningsmannen kan ha som vane å alltid ta opp forretningsmøter på video. Videokonferanser på datamaskin bli mer og mer vanlig i stedet for ordinære møter. Spørsmålet om opptak av slike konferanser kan legges frem som bevis i en rettssak, vil i økende grad bli aktuelt.

Problemstillingen i det følgende blir hvorvidt slike opptak kan karakteriseres som utilbørlig ervervede. Hensynet til personvern tilsier at en person skal kunne ha kontroll over hvilke opplysninger om ham som til enhver tid brukes og lagres. Man vil i liten grad kunne beskytte seg mot denne formen for overvåking. Det at en person har anledning til å samle inn store mengder informasjon om andre, vil sette ham i en

⁸⁹ Bardo, *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*, s. 28.

dominerende posisjon i forhold til de som blir overvåket (se nærmere om det maktorienterte personvernbegrep i punkt 1.4). Disse argumentene taler for at slik ervervelse av billedopptak må ansees som utilbørlig. Dersom den overvåkede var klar over at det ble gjort opptak av ham, taler det imidlertid imot at beviservervelsen var kritikkverdig. Den overvåkede har da i større grad kontroll over hvilken informasjon han ønsker å gi og som dermed fremkommer på billedopptakene, og vil på denne måten i større grad ha anledning til å beskytte sine interesser.⁹⁰

Mye av den overvåking som foretas av offentlige myndigheter, herunder politiet, skjer som ledd i en generell foranstaltning. Særlig praktisk er overvåking som tar sikte på å forebygge kriminalitet og generelt være ordensfremmende. Dersom slik overvåking ikke blir varslet, vil mye kunne tale for at den er utilbørlig. Personopplysningsloven pålegger imidlertid varsling av denne typen fjernsynsovervåking, slik at dersom varsel ikke er gitt vil de fleste former for slik generell overvåking være ulovlig. En utilbørlighetsvurdering er derfor ikke særlig praktisk her.

4.6 Formålet med fjernsynsovervåkingen

Formålet med fjernsynsovervåkingen er et viktig moment i utilbørlighetsvurderingen. Dersom formålet med fjernsynsovervåkingen er beskyttelsesverdig, for eksempel at den er begrunnet i en berettiget mistanke, bærer overvåkingen mindre preg av å være utilbørlig.

I Gatekjøkkenkjennelsen ble formålet med beviservervelsen trukket frem i avskjæringsvurderingen. Eieren av gatekjøkkenet fremholdt at det var viktig for ham å skaffe bevis mot den utro tjeneren for å hindre videre tap, og at han hadde en berettiget mistanke om at vedkommende begikk underslag. Overvåkingen var også viktig for å fri andre ansatte fra mistanke. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til om mistanken var berettiget. Det at retten ikke lot vurderingen av hvorvidt fjernsynsovervåkingen hadde et beskyttelsesverdig formål eller ikke bli avgjørende, vil etter vår mening ikke kunne

⁹⁰ Bardo, *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*, s. 28-30.

utelukke at det kan være et moment i andre saker i forhold til om beviservervelsen er utilbørlig, såvel som i avskjæringsvurderingen.

I RG 2002 s. 162 var situasjonen at arbeidsgiver overvåket arbeidsplassen for å bekrefte en konkret mistanke om straffbare forhold mot en av de ansatte. Retten pekte her på at avdekking av kriminalitet og avkrefting av mistanke mot uskyldige er legitime formål sett i et samfunnsmessig perspektiv, og domstolen ville i den anledning ikke utelukke at ”det etter omstendighetene vil kunne være legitimt og personvernmessig forsvarlig å søke en konkret mistanke mot tilsatte bekreftet eller avkreftet ved hjelp av et skjult kamera”. Et legitimt formål vil på denne måten ifølge retten kunne forsvare et inngrep i personvernet, og taler imot å anse beviservervelsen som utilbørlig. Av denne argumentasjonen kan det utledes at ervervelse av billedbevis lettere vil kunne aksepteres der bevisinnhentelsen har et beskyttelsesverdig formål. Denne kjennelsen illustrerer derfor at overvåkingens formål er et relevant moment også for de tilfeller som faller utenfor personopplysningsloven.

Spørsmålet blir videre hva som skal regnes som beskyttelsesverdige formål i forhold til fjernsynsovervåking. Vi har tidligere nevnt at formålet bør kunne regnes som legitimt der det har grunnlag i en berettiget mistanke mot en konkret person. Hva som skal til for at en mistanke er berettiget må avgjøres ut fra objektive kriterier. Det kan således ikke være opp til en subjektiv vurdering av den som foretar overvåkingen hvorvidt hans mistanke har gode grunner for seg eller ikke. Dersom mistanken bygger på objektivt konstanterbare omstendigheter, som for eksempel en observasjon eller en uregelmessighet i regnskapet, vil mistanken nok lettere kunne ansees som berettiget enn der man bygger vurderingen på personlige sympatier eller antipatier. En part som har montert skjulte kameraer som en generell foranstaltning for å sikre seg dersom uhellet er ute, vil nok vanskelig kunne sies å ha en berettiget mistanke hver gang han gjør opptak.⁹¹

Mye av den overvåking som blir foretatt av politiet vil også kunne ha gode grunner for seg. Dette gjelder ikke bare der overvåkingen skjer som ledd i en innsamlingsprosess av

⁹¹ Bardo, *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*, s. 31-32.

bevis mot en konkret mistenkt, men også der overvåkingen mer generelt har til formål å forebygge eller oppklare kriminalitet. Overvåking foretatt av andre offentlige myndigheter vil også kunne ha et legitimt formål. Et eksempel kan være overvåking av en sterkt trafikkert vei, der overvåkingskameraer er satt opp for å forhindre ulykker og gjøre det mulig å raskt rykke ut til et ulykkessted.

Det at fjernsynsovervåkingen har et legitimt formål vil på denne måten være et viktig moment mot at beviserhvervelsen er utilbørlig.

4.7 Oppsummering

Hvorvidt ervervelsen av billedopptakene kan sies å være utilbørlig må avgjøres etter en konkret vurdering av ulike momenter, hvorav de mest sentrale er presentert ovenfor. Avgjørende for rettens utilbørlighetsvurdering er blant annet hvorvidt overvåkingen har skjedd i det skjulte eller om den har blitt varslet, hvorvidt den er foretatt på bakgrunn av en konkret mistanke, om den er avgrenset i tid og rom, og hvor inngripende den kan sies å være i forhold til den personlige integritet. Det kan virke som det overordnede hensynet domstolene legger vekt på er hvor stor grad av integritetskrenkelse beviserhvervelsen medfører for parten eller for tiltalte. Dersom inngrepet ved beviserhvervelsen må karakteriseres som alvorlig, vil billedopptakene lett bli ansett som utilbørlige.

5 Nærmere om når ulovlighet eller utilbørlighet medfører bevisforbud

5.1 Innledning

I det følgende vil fokus flyttes fra hva som er ulovlig eller utilbørlig handlemåte ved ervervelse av bevis, til når ulovlighet eller utilbørlighet medfører bevisforbud. Det forutsettes at beviservervelsen er ulovlig eller utilbørlig, og betegnelsen ”utilbørlig ervervet” bevis blir her brukt som en samlebetegnelse på både de ulovlig ervervede bevis og de utilbørlig ervervede bevis. Det vil riktignok kunne være av betydning for avskjæringsvurderingen hvor graverende krenkelse beviservervelsen innebærer, herunder om det er snakk om ulovlige eller bare utilbørlige forhold. Dette behandles imidlertid særskilt i punkt 5.3.5.

Det finnes ingen bestemmelse som regulerer hvordan retten skal forholde seg til bevis som er ervervet på utilbørlig måte, hverken i straffeprosessloven eller i tvistemålsloven. Lovgiver har ønsket å overlate løsningen av dette til rettspraksis og juridisk teori, og det følger av forarbeidene til straffeprosessloven at:

”hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte. Om dette er tilfellet vil imidlertid ofte kunne stille seg tvilsomt. Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f.eks. at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler.”⁹²

Det synes som om lovgiver mener at det er en rekke hensyn som bør tas i betraktning i avgjørelser av om utilbørlig ervervede bevis skal avskjæres. På denne måten legger man i forarbeidene opp til at en vurdering må foretas i hvert enkelt tilfelle. Dette har også blitt fulgt opp i rettspraksis og juridisk teori, jfr. blant annet Gatekjøkkenkjennelsen hvor retten uttalte at det ved denne bedømmelsen, ”må legges vekt på både de

⁹² Innstillingen om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (1969), s. 197.

prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak”. I den videre fremstillingen vil de hensyn og momenter som tas i betraktning i denne sammenheng presenteres.

I juridisk teori sondres det gjerne mellom ulike typetilfelle. Det skilles blant annet mellom saker hvor anvendelsen av det utilbørlige ervervede bevis vil medføre en gjentakelse eller en fortsettelse av den rettskrenkelse som fant sted i forbindelse med ervervelsen av beviset, og saker hvor dette ikke er tilfelle.⁹³ Vi har også funnet denne inndelingen hensiktsmessig idet løsningen oftest er klarere for de førstnevnte tilfeller.

5.2 Tilfeller hvor det å tillate beviset vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse

5.2.1 Hovedregelen om bevisforbud

Dersom føring av et bevis som er utilbørlig ervervet, medfører at den krenkelse som ervervet innebar fortsetter eller blir gjentatt, er hovedregelen etter rettspraksis og juridisk teori at beviset må avskjæres. I sivile saker vil det som regel være snakk om en krenkelse av motpartens interesser, i straffesaker vil det være en krenkelse av interessene til tiltalte. Den skade som skjedde ved beviservervelsen ville i disse tilfeller forsterkes eller gjentas ved tillatt anvendelse av beviset, noe som ikke aksepteres.

5.2.2 Hva menes med ”fortsatt eller gjentatt krenkelse” ved bevisførsel?

Spørsmålet blir her hva som skal til for at det å tillate et billedopptak ervervet på utilbørlig måte ført for retten kan karakteriseres som en gjentakelse eller fortsettelse av den krenkelse som ervervelsen innebar. Retningslinjer for denne vurderingen gis i rettspraksis og juridisk teori. Det må blant annet være en viss sammenheng mellom den krenkelse som oppleves i forbindelse med ervervet, og den krenkelse som oppleves i retten. Er det tungtveiende personvern hensyn som er blitt neglisjert i forbindelse med beviservervelsen, vil det også måtte være denne typen hensyn som blir krenket i retten.

⁹³ Jfr. Bjørnvik og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 26.

Videre vil det at det isolert sett kan oppfattes krenkende at retten tillater å føre et billedopptak som motparten eller påtalemyndigheten har ervervet på utilbørlig vis, heller ikke være tilstrekkelig. Dersom man valgte en slik tilnærming ville nemlig alle bevis som er utilbørlig ervervet, kunne rammes av bevisforbud ut fra betraktninger om at det ville innebære en fortsatt eller gjentakende krenkelse å føre bevisene. Hvordan motparten som rammes av den urettmessige beviservervelse selv oppfatter føringen av bevis er med andre ord i seg selv uten betydning for adgangen til å føre dette.

Når det gjelder anvendelsen av billedopptak i retten, vil det særlig være arten av de opplysninger som fremgår av billedopptaket som gjør at bevisførsel vil kunne oppfattes krenkende. Dersom billedopptak er ervervet utilbørlig og inneholder en innsamling og lagring av informasjon som skal holdes hemmelig, vil det å offentliggjøre opplysningene i en rettssak innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Informasjon vil jo da bli ytterligere gjort kjent for flere. Denne typen billedopptak vil det imidlertid ikke være nødvendig å avskjære etter de ulovfestede bevisforbudsreglene siden bevisforbud i slike tilfeller ofte allerede følger av loven.⁹⁴ Dersom billedopptaket viser forhold som parten har krav på å holde hemmelig uten at dette er slått fast i prosesslovgivningen, vil imidlertid bevisforbud følge av ulovfestet rett. Dette gjelder informasjon av personlig og sensitiv art som man vil ha en beskyttelsesverdig interesse av å holde hemmelig. Et eksempel her vil være videoopptak som viser en person på steder hvor de har krav på privatliv, for eksempel i en garderobe. Det vil være en krenkelse å bli utsatt for noe slikt, og skaden vil ha et større omfang dersom filmen vises i retten. Dersom det utilbørlig ervervede billedopptaket viser forhold som ikke er av personlig eller sensitiv art, er det ikke umiddelbart anledning til å avvise beviset. Selv om beviservervelsen er ulovlig eller utilbørlig, skjer det ikke ytterligere skade overfor vedkommende ved bevisførselen.

Dersom det er svært tvilsomt om det vil finne sted en gjentakelse eller en fortsettelse av krenkelsen ved beviservervelsen, er løsningen ikke så klar. Det faktum at bevisføring muligens vil kunne innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse, vil da heller kunne være momenter i en helhetsavveining som det redegjøres for i punkt 5.3. I tvilstilfelle er en

⁹⁴ Se punkt 2.1.4.

slik helhetsvurdering nok mest hensiktsmessig, også fordi regelen om bevisforbud i slike tilfelle ikke er absolutt.

I Gatekjøkkenkjennelsen hadde arbeidsgiveren foretatt overvåking av området foran og bak disken, noe som omfattet flere ansatte og kunder i gatekjøkkenet. Den informasjonen som kunne utledes av opptakene, kan hverken sies å være særlig personlig eller sensitiv og burde av den grunn ikke hemmeligholdes av hensyn til arbeidstakerne. Høyesterett kom likevel til at en slik overvåking av de ansatte innebar en alvorlig integritetskrenkelse og måtte oppfattes sterkt belastende. Interessant i denne sammenheng er at Høyesterett uttaler at det å føre bevis som er ervervet på denne måten ”vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket”. Av ordlyden kan det virke som om retten mente at krenkelsen ble gjentatt dersom beviset ble tillatt ført. I Gatekjøkkenkjennelsen ville det imidlertid ikke kunne være snakk om noen ny ”alvorlig integritetskrenkelse” å tillate videoen brukt som bevis. Den skaden som retten har trukket frem, skjedde her først og fremst ved at arbeidsgiveren filmet de ansatte, ikke ved at bildene ble vist i ettertid selv om også det kunne oppleves som en belastning. Høyesterett foretok heller en utførlig interesseavveining og til tross for at retten anvendte begrepet ”ny krenkelse” er det lite som tyder på at dette var utslagsgivende for rettens avgjørelse. Det faktum at også føringen av beviset kunne være krenkende ble heller anvendt som et moment i en helhetsvurdering. Dersom retten mente at den alvorlige integritetskrenkelsen virkelig ville bli gjentatt eller ville fortsatt dersom beviset ble tillatt ført i retten, er det mye som taler for at retten uttrykkelig ville sagt det. Det ville være et godt grunnlag for å avvise beviset. Det har vært hevdet at man ikke bør ta Høyesteretts utsagn her helt bokstavelig, og at denne kjennelsen belyser at grensen mellom de tilfellene hvor det å føre beviset innebærer en fortsatt eller gjentatt krenkelse og de tilfellene hvor det ikke er tilfelle, er flytende.⁹⁵

5.2.3 Unntak fra hovedregelen

Regelen om avskjæring av utilbørlig ervervede bevis i tilfeller hvor bevisførsel vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse, er ikke absolutt. Man kan tenke seg tilfeller

⁹⁵ Bardo, *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*, s. 38-39.

hvor utfallet ikke blir bevisforbud. At anvendelsen av beviset innebærer en ytterligere krenkelse av den som er filmet, veier for eksempel ikke like tungt dersom filmen viser et drap eller seksuelt misbruk av et barn og opptaket er det eneste og avgjørende bevis i saken. Bevisforbud i slike tilfeller kan også omgås ved måten domstolen behandler billedopptaket på som bevis. Dersom billedopptaket viser forhold som parten har rett til å holde hemmelig, kan man i visse tilfeller forhindre at bevisførselen omkring dette medfører en ytterligere krenkelse. Retten kan unngå at det som fremkommer under sakens behandling blir offentliggjort ved å beslutte at rettsmøtet holdes for lukkede dører etter domstolsloven⁹⁶ § 127. Etter domstolsloven § 130 kan retten også pålegge de tilstedeværende å holde sakens opplysninger hemmelige.

5.3 Tilfeller hvor det å tillate beviset ikke vil medføre noen fortsatt eller gjentatt krenkelse

5.3.1 Oversikt over den vurdering som ligger til grunn for spørsmålet om bevisforbud

Som tidligere nevnt, vil retten i de tilfeller hvor det foreligger utilbørlig beviservervelse foreta en interessavveining for å avgjøre spørsmålet om bevisavskjæring. Overordnede hensyn som for eksempel personvern og hensynet til sakens opplysning vil ligge til grunn for en slik vurdering, men det vil helt klart også være konkrete forhold i den enkelte sak som må trekkes inn, for eksempel verdien og vekten av beviset, hvor viktig saken er og hvor alvorlig de ulovlige eller utilbørlige forhold ved beviservervelsen er. I den videre fremstilling vil vi se nærmere på både generelle hensyn og konkrete omstendigheter i den enkelte sak som får betydning i vurderingen av om billedopptak ervervet på utilbørlig vis skal tillates ført.

⁹⁶ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven).

5.3.2 Hensynet til sakens opplysning og materielt riktige avgjørelser

5.3.2.1 Oversikt

Det ligger til grunn for vår prosessordning at domstolene skal fatte sin beslutning på et mest mulig korrekt grunnlag, noe som er en forutsetning for materielt riktige rettsavgjørelser. For at denne målsettingen skal nås, må retten ha adgang til alle relevante opplysninger. Hensynet til sakens opplysning vil derfor være et viktig hensyn i vurderingen av om et utilbørlig ervervet bevis skal kunne føres. Dette hensynet vil som regel være det mest sentrale argumentet mot bevisavskjæring, jfr. blant annet Gatekjøkkenkjennelsen hvor retten uttalte: ”mot disse hensyn står særlig hensynet til sakens opplysning”. Men her ble altså hverken dette eller noen av de andre hensynene mot bevisavskjæring funnet tilstrekkelig tungtveiende.

Hvor sterkt hensynet til sakens opplysning gjør seg gjeldende vil bero på ulike faktorer, og det er særlig bevisets betydning, herunder bevisets verdi og bevisets vekt, og sakens betydning som må vurderes konkret i hver enkelt sak. Det er særlig slike forhold som er med på å avgjøre hvilken vekt hensynet vil få. I tillegg må selvfølgelig hensynet til sakens opplysning avveies mot andre grunnleggende hensyn.⁹⁷

5.3.2.2 Bevisets betydning

Bevisets verdi vil være et sentralt moment av betydning for hvilken vekt retten vil ilegge hensynet til sakens opplysning. Med bevisets verdi menes her hvor troverdig og pålitelig beviset gir uttrykk for bevisetemaet. Billedopptak er et eksempel på det mange vil oppfatte som et bevis som gir en tilsynelatende sikker gjengivelse av de faktiske omstendigheter. Det bør imidlertid i mange saker reises spørsmål om i hvilken grad billedbeviset gir et pålitelig uttrykk for det forhold det pretenderer å fremstille. Dersom billedopptaket gir et dårlig, utilstrekkelig eller lite troverdig bilde av den faktiske situasjon, så vil det ikke fremme hensynet til sakens opplysning å tillate beviset ført. Det kan også stilles spørsmålstegn ved i hvilken grad det kritikkverdige ved beviservervelsen har påvirket bevisets verdi. Det at et billedopptak er anskaffet ved

⁹⁷ Bardo, *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*, s. 7 flg.

ulovlig fjernsynsovervåking innebærer som regel ikke at det som fremgår av bildene eller videoen blir tvilsomt. Ulovligheten eller utilbørligheten går nemlig i de fleste tilfeller ikke på hvordan slike billedopptak konkret skal foretas, men heller i hvilke situasjoner og under hvilke forutsetninger det vil være tillatt å filme. Det at disse grensene ikke er overholdt kan ikke sies å ha noen betydning for troverdigheten av bildene. Selvfølgelig vil det kunne være andre forhold ved fjernsynsovervåkingen som gjør billedopptak mindre pålitelige som bevis i retten. Eksempler på dette kan være at det er privatpersoner uten spesiell kunnskap og erfaring på området som har stått for overvåkingen, at opptakene er foretatt med utstyr som gir dårlig billedkvalitet, eller med så moderne utstyr at det gis muligheter for at bildene kan manipuleres. I Gatekjøkkenkjennelsen gikk ikke Høyesterett inn på billedopptakets verdi som bevis. Dette skyldes dels at dette forhold ikke var tilstrekkelig belyst for retten og dels at det ikke kunne være avgjørende i forhold til de hensyn som talte for bevisavskjæring.

En annen faktor som må tas med i vurderingen av hensynet til sakens opplysning er *bevisets vekt*. Med bevisets vekt menes hvor viktig beviset er for å belyse bevisetemaet sett i forhold til de øvrige bevis i saken. I saker hvor beviset alene er avgjørende for utfallet vil beviset ha stor vekt, og motsatt; i saker hvor det finner sted en omfattende bevisførsel og beviset bare er et av flere som belyser de aktuelle omstendigheter, vil beviset ha mindre vekt. Dette er relevant for vurderingen av hensynet til sakens opplysning, idet bevis med stor vekt naturligvis i større grad vil kunne opplyse saken enn bevis med liten eller ingen vekt. Forhold ved bevisets karakter eller måten beviset er ervervet på, kan gi veiledning i vurderingen av bevisets vekt. Det er en nær sammenheng mellom den verdi et bevis har i seg selv og den vekt beviset vil tillegges i den samlede bevisvurdering. Selvfølgelig vil det at et bevis gir et troverdig og pålitelig inntrykk av de aktuelle omstendigheter kunne ha betydning for at vekten av beviset økes.

Det kan synes som om hensynet til sakens opplysning tilsier at beviset må tillates ført i saker hvor beviset har stor vekt, men dette må problematiseres idet rettspraksis viser at man har vært mer tilbøyelig til å akseptere utilbørlig ervervet bevis med liten vekt, enn utilbørlig ervervet bevis med stor vekt. Det at beviset ikke har så stor vekt gjør det lettere for retten å akseptere beviset. Det kan skyldes at det vil kunne oppfattes som

støtende at det åpnes for at et utilbørlig ervervet bevis skal avgjøre saken. Å nekte et avgjørende bevis ført vil også ha en forsterket preventiv effekt og det vil gi inntrykk av at domstolene ikke er tilbøyelige til å akseptere lovbrudd og utilbørligheter for å fatte avgjørelser.⁹⁸ Argumentet om bevisets vekt kan imidlertid også brukes for å begrunne bevisforbud. I RG 2000 s. 664 ble dette trukket frem som moment for å avskjære et videoopptak som man ønsket å føre. Det var ifølge retten relevant at videobeviset var av ”underordnet betydning” for saken, men dette kan ikke sies å ha vært utslagsgivende for rettens avgjørelse om bevisavskjæring.

I Gatekjøkkenkjennelsen nevner Høyesterett ikke uttrykkelig hvilken betydning bevisets vekt har for avskjæringsvurderingen. Man kan imidlertid anta at beviset vekt i denne saken var stor, idet man hadde få andre bevis å forholde seg til. Retten vurderer imidlertid hensynet til sakens opplysning mer generelt og kommer til at det ikke er tilstrekkelig tungtveiende. I Rt. 2001 s. 668 følger Høyesterett som kjent opp disse betraktningene. Om forholdet til billedopptakets vekt uttaler Høyesterett: ”prinsipielle omsyn her må vege tyngre enn den konkrete vekta eit slik opptak kan tenkjast å ha som bevis i saka”.

I forbindelse med bevisets vekt er det grunn til å peke på et moment som ofte har vært drøftet i forbindelse med en rekke av sakene vedrørende utilbørlig ervervet billedopptak, nemlig hvorvidt det hadde vært mulig å føre bevis om omstendighetene som billedopptaket viser på annen måte. Dette fremheves i RG 2000 s. 664 hvor et av momentene som retten trakk frem, var om de forhold som ble forsøkt bevist kunne bevisføres tilfredsstillende på en annen måte. I denne saken hadde saksøkte i tilsvarende opplyst at beviset hadde ”en viss opplysningsverdi”, men i senere prosesskrift moderert seg til at beviset var av ”underordnet betydning”. Retten mente at saken burde kunne opplyses godt nok gjennom forklaringer fra de som var tilstede. På denne måten illustrerer kjennelsen relevansen av hvilke andre bevis man kan fremlegge for å belyse faktum når retten skal vurdere om et bevis som er ervervet på en utilbørlig måte bør føres. Tanken er at det er mindre betenkelig å nekte å tillate et bevis ført dersom beviset ikke har avgjørende betydning for saken tatt i betraktning hvilke andre bevis som enten

⁹⁸ Kostveit, *Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis*, s. 61.

kunne vært ført eller føres. I RG 2002 s. 162 kommer retten inn på dette momentet og uttaler:

”jo alvorligere forhold det er mistanke om, jo sterkere mistanken i utgangspunktet er og jo vanskeligere det er å sikre tilstrekkelige bevis på annen måte, jo lettere vil det reelt sett være å akseptere et visst inngrep i personvernet, og at beviset som dermed blir fremskaffet senere tillates ført i en arbeidsrettssak”.

Dette er det samme momentet som ble fremhevet i RG 2000 s. 664, der argumentet imidlertid ble brukt for å avskjære det aktuelle bevis. Jo vanskeligere det er å fremskaffe bevis på annen måte og jo mer alvorlig forhold den ansatte mistenkes for, dess lettere vil det være å akseptere visse inngrep i personvernet ifølge lagmannsretten. Denne betraktningmåten er interessant sett i forhold til rettens vurderinger i Gatekjøkkenkjennelsen. Der ble det ikke tatt hensyn til at videoopptaket var det avgjørende bevis i saken.

5.3.2.3 Sakens betydning

En ytterligere faktor i bevisavskjæringsvurderingen vil være sakens betydning. Hvor viktig saken er kan nemlig også få betydning for hvor stor vekt retten må legge på hensynet til sakens opplysning. I saker som man anser som viktige vil det være av stor betydning at retten treffer et materielt sett riktig resultat. Det kan være vanskelig å sondre mellom hva som er viktige og hva som er mindre viktige saker. Generelt kan man si at hensynet til å få saken godt opplyst er mest sentralt i de saker der avgjørelsen har stor betydning for enkeltindividet, og i slike saker bør det ha særlig gode grunner for seg å nekte et relevant bevis ført. Som utgangspunkt vil likevel vurderingen av hvor viktig en sak er, bero på en konkret vurdering av det enkelte saksforhold. For sivile saker kan man finne veiledning i skillet mellom dispositive og indispositive saker, jfr. tvistemålsloven § 86. Med dette menes tvister der partene henholdsvis har fri rådighet og ikke fri rådighet over saken. Indispositive saker kan ikke generelt sies å være viktigere for de partene det gjelder enn de dispositive, men her vil retten også ha et selvstendig ansvar for sakens opplysning fordi offentligheten vil ha interesse i måten tvisten løses på.⁹⁹

⁹⁹ Bjørnvik og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 31.

I straffesaker vil det også være viktig å få et korrekt og rettferdig domsresultat. Konsekvensen for tiltalte kan bli alvorlig dersom retten bygger på feil grunnlag og av den grunn fatter en gal avgjørelse. Det har vært hevdet at det skal svært mye til for å nekte et bevis ført som har til hensikt å bevise tiltaltes uskyld dersom det ikke foreligger klar hjemmel i lov for dette. For å skille mellom hvilke straffesaker som er viktige og mindre viktige, kan man legge vekt på alvorligheten av den forbrytelse saken gjelder. Bratholm peker på at jo mer alvorlig en siktelse er, jo mer betenkelig vil det være å avskjære et bevis som har stor vekt. Dette mener han gjelder spesielt i de tilfeller hvor det er fare for at tiltalte vil begå nye alvorlige forbrytelser dersom ”han ikke blir tatt hånd om”.¹⁰⁰ Det er grunn til å si seg enig med Bratholm her, men det må presiseres at det er visse inngrep som ikke kan aksepteres uavhengig av hva vedkommende er tiltalt for.

5.3.3 Personvern hensyn

Hensynet til personvern vil ofte være et sentralt og viktig argument når retten skal vurdere adgangen til å føre bevis ervervet ved fjernsynsovervåking.¹⁰¹ Som nevnt i kapittel 4, vil mange av de samme momentene vedrørende personvern hensynet være aktuelle både for utilbørighetsvurderingen og avskjæringsvurderingen. Det vises derfor til behandlingen i kapittel 4.

Personvern hensynet vil kunne trekke i ulik retning for spørsmålet om bevisforbud avhengig av hvem man vurderer vernet for. Mest nærliggende er det å se på hensynet til vern av den personlige integritet for tiltalte i en straffesak eller parten i en sivil sak.

Hvor langt dette hensynet rekker er betinget av inngrepets art og omfang, samt hvor sterkt andre motstridende hensyn gjør seg gjeldende i den enkelte sak. I Gatekjøkkenkjennelsen ble det pekt på at videoovervåkingen representerte en alvorlig integritetskrenkelse, og at det å bli utsatt for videoovervåking på en arbeidsplass ”må av

¹⁰⁰ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 120 og s. 131.

¹⁰¹ Se punkt 1.4 om personvern begrepet.

en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende”. Retten mente at vesentlige personvern hensyn talte for at domstolen måtte nekte bruk av bevis som var tilveiebragt på denne måten. Personvern hensyn ble derfor utslagsgivende for retten, og videobeviset ble ikke tillatt ført.

I RG 2000 s. 664 var også den sentrale problemstilling om ”det fremtrer som riktig å la de tungtveiende «integritetshensyn» vike for hensynet til forsvarlig opplysning av saken”. Retten fant heller ikke her at hensynet til sakens opplysning var så tungtveiende at det kunne forsvare et inngrep i personvern hensynene. Resultatet av denne avveiningen kom klart frem ved rettens uttalelse om at ”lagmannsretten kan ikke se at opptaket bør tillates ført som bevis, etter den avveining som må foretas mellom integritetshensyn og hensyn til forsvarlig bevisføring av omstendighetene rundt kjæremotpartens erkjennelse”.

Resultatet av avskjæringsvurderingen ble som kjent annerledes i RG 2002 s. 162. Retten uttalte at de aktuelle videoopptakene ”representerte et inngrep i personvernet som må tåles i et rettssamfunn” og at de derfor ikke burde avskjæres som bevis i den aktuelle saken. Hensynet til sakens opplysning stod her sterkere enn hensynet til personvern. Retten falt derfor tilbake på hovedregelen om fri bevisførsel.

Hvorvidt personvern hensyn blir utslagsgivende i avskjæringsvurderingen vil som nevnt komme an på momenter i den konkrete sak, samt hvor sterkt andre hensyn som taler mot bevisforbud gjør seg gjeldende. Der ervervelsen av billedopptaket representerer en alvorlig integritetskrenkelse, kan det imidlertid utledes av den ovennevnte rettspraksis at det skal mye til for at beviset skal kunne føres.

5.3.4 Preventive hensyn

Med preventive hensyn menes hensyn til den forebyggende effekt avskjæring av bevis vil kunne ha. Ovenfor politiets eller privates innhenting av bevis vil rettens signaler om at den ikke godtar bevis som er anskaffet på en utilbørlig måte kunne føre til en annen fremgangsmåte ved fremtidig beviservervelse. Aall påpeker at en tilsidesettelse av beviset vil kunne ha en oppdragende effekt overfor de myndigheter som har fremskaffet

det.¹⁰² Dersom for eksempel politiet i sin etterforskning ikke holder seg innenfor de grenser for beviservervelse som allerede er trukket opp i lovgivningen, vil domstolene kunne påvirke denne praksisen ved å avvise bevis. De samme betraktninger kan gjøre seg gjeldende i tilfeller der det er private personer som innhenter bevis.

Vekten av de preventive hensyn vil variere ut fra ulike faktorer. Vekten vil være størst der beviset er innhentet på en klart ulovlig eller grovt utilbørlig måte, eller hvor det klart ville være støtende å føre beviset. Hvorvidt den utilbørlige fjernsynsovervåking er foretatt forsettlig eller ikke vil også ha betydning for hvilken tyngde slike vurderinger har. I de mer uklare tilfeller vil hensynet lettere måtte vike for hensynet til sakens opplysning og et korrekt resultat. Mulighetene for ved bevisforbud å forebygge anvendelse av utilbørlig fjernsynsovervåking som virkemiddel til å skaffe bevis, må også vurderes i forhold til andre virkemidler som muligens kan tjene samme formål. Alternative reaksjoner kan være erstatningsrettslige eller strafferettslige sanksjoner. Polititjenestemenn kan dessuten møtes med disiplinære sanksjoner, men det kan vel diskuteres hvilken effekt dette vil ha for å forebygge utilbørlig fjernsynsovervåking.¹⁰³

I Gatekjøkkenkjennelsen la Høyesterett vekt på hensynet til den preventive effekt et bevisforbud vil kunne ha. Retten fant at man ved bevisavskjæring vil kunne motvirke den type krenkelser som kan finne sted ved ulovlig fjernsynsovervåking. Det å tillate billedopptaket ført i disse sakene ville ifølge retten ”medføre risiko for en mer utstrakt bruk av hemmelige opptak også i andre tilfelle, hvor opptakene etterpå ikke anses egnet for fremleggelse, og hvor de da fortsatt vil bli hemmeligholdt”. Vi ser her at Høyesterett også vurderer den preventive effekt et bevisforbud i denne konkrete saken vil ha for bruk av fjernsynsovervåking generelt sett, og da ikke bare som virkemiddel for å erverve bevis til bruk i retten. Det viker som om Høyesterett med denne kjennelsen ønsket å statuere et eksempel på hvor langt en arbeidsgiver kan gå for å kontrollere eller overvåke sine ansatte.

¹⁰² Se Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, s. 300.

¹⁰³ Bardo, *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*, s. 16-17.

Betraktningene fra Gatekjøkkenkjennelsen følges opp i Rt. 2001 s. 668 hvor Kjæremålsutvalget skriver: ”som fremheva i Rt. 1991 s. 616 vil domstolane ved si allmenne haldning til slike bevis kunne motvirke bruk av bevis som er skaffa fram på ein slik måte”. Kjæremålsutvalget uttrykker at prinsipielle hensyn, som den preventive effekt et bevisforbud har, vil kunne veie tyngre enn hensynet til sakens opplysning og den konkrete vekt et slikt billedopptak vil ha som bevis i saken.

I lagmannsrettkjennelsen inntatt i RG 2002 s. 162 anerkjente lagmannsretten at det i tidligere praksis har vært lagt vekt på de preventive hensyn og at det i tilfeller hvor arbeidsgivers overvåking av ansatte ikke var begrunnet i en konkret mistanke vil være en fare for at slik overvåking vil ”gripe om seg” dersom man ikke statuerer et bevisforbud for slike tilfeller. Retten drøftet imidlertid ikke de preventive hensyn utover dette og det er lite som tyder på at de ble hensyntatt i særlig grad i rettens vurdering. Man kan av dette slutte at retten var av den oppfatning at preventive hensyn ikke veide like tungt som hensynet til sakens opplysning. Ut fra øvrig rettspraksis, herunder fra Høyesterett, kan man hevde at lagmannsretten nok ikke i tilstrekkelig grad har sett på de videre konsekvensene av å tillate videoopptaket ført.

Ut fra drøftelsen ovenfor kan man konkludere med at preventive hensyn ofte er et godt argument for bevisforbud.

5.3.5 Arten og omfanget av den krenkelse som fant sted ved beviservervelsen

Arten og omfanget av den krenkelse som beviservervelsen innebar, vil kunne få betydning for hvorvidt et billedopptak blir tillatt ført for retten. Beviservervelse ved fjernsynsovervåking vil i utgangspunktet kunne krenke en rekke grunnleggende hensyn, men mest praktisk er kanskje billedopptak som strider mot den personlige integritet. Det vises til punkt 5.3.3 for en drøftelse av de særlige spørsmål som oppstår i forbindelse med personvern. Vi vil i den videre drøftelsen se på forskjellige momenter som gjør seg gjeldende for hvor graverende krenkelsen har vært. Jo mer alvorlig krenkelsen ved beviservervelsen har vært, dess tyngre veier dette argumentet for bevisforbud.

Et moment vil være om fremgangsmåten ved beviservervelsen har vært ulovlig eller utilbørlig. Denne faktoren vil selvfølgelig ha størst betydning i vurderingen av om billedbeviset skal ansees som ulovlig ervervet, men dette momentet kan også komme inn i avskjæringsvurderingen. Dersom måten man har gått frem på for å erverve billedopptaket har vært i strid med et straffebud vil dette tale for at krenkelsen er av alvorlig art. Dette fordi straffelovgivningen normalt beskytter vesentlige interesser, og billedbevis som krenker slike sentrale interesser bør derfor ikke tillates ført.

Et annet moment er hvorvidt beviservervelsen er foretatt i strid med materielle regler i loven, eller om det utelukkende er lovens formforskrifter som er krenket. Et materielt inngrep vil gjennomgående være mer alvorlig enn en krenkelse av formregler, og bør derfor lettere føre til bevisforbud. Dette kan eksemplifiseres for billedopptak gjennom forskjellen mellom fjernsynsovervåking som i utgangspunktet er lovlig etter personopplysningsloven, men der man har glemt å sende inn melding til Datatilsynet slik loven krever, og fjernsynsovervåking som er i strid med lovens materielle bestemmelser. Et eksempel på materiell lovstrid er fjernsynsovervåking som er foretatt uten at det foreligger noe særskilt behov, slik personopplysningsloven § 38 krever for overvåking av en begrenset personkrets. Sistnevnte tilfelle vil representere en mer alvorlig krenkelse.

Det må videre skilles mellom en krenkende fremgangsmåte som er rettet direkte mot en eller flere personer, og utilbørlighet begått ved anskaffelse av et tinglig bevismiddel. Der den utilbørlige beviservervelse er direkte rettet mot en bestemt person, for eksempel gjennom tvang eller trusler, vil dette lettere kunne medføre bevisforbud enn der krenkelsen er foretatt ved innhenting av et materielt bevis.¹⁰⁴ Billedopptak ervervet ved fjernsynsovervåking vil nok i de fleste og mest praktiske tilfeller rette seg mot en eller flere personer. Dersom slike billedopptak er ervervet på en krenkende måte, vil derfor dette være et viktig moment i retning av å avskjære beviset.

Subjektive forhold i den konkrete sak må også tillegges vekt. Hvorvidt overtredelsen er forsettlig eller uaktsom, eller om den som har foretatt beviservervelsen er i unnskyldelig

¹⁰⁴ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 119.

villfarelse, er momenter som kan få betydning for hvor grov krenkelsen har vært. De fleste tilfeller av fjernsynsovervåking vil nok være foretatt med viten og vilje. Det kan likevel tenkes tilfeller der overvåkingen tilfeldigvis fanger opp en situasjon den ikke hadde ment å ramme, og at man kan argumentere med at krenkelsen dermed var uaktsom.

I RG 2002 s. 162 differensierer retten mellom ulike typetilfeller etter hvor alvorlig eller grov krenkelsen er når det gjelder fjernsynsovervåking i arbeidsforhold. Avveiningen mellom kryssende hensyn som personvern hensyn og opplysningshensyn slår etter rettens mening forskjellig ut i disse situasjonene. Ved alminnelig overvåking av butikklokale rettet mot kunder, og overvåking som de ansatte har akseptert, vil det ikke foreligge noen krenkelse av betydning. Hovedregelen for slike tilfeller må være at slike billedopptak ikke kan avskjæres i en arbeidsrettssak. Hensynet til sakens opplysning står da sterkt. Derimot er skjult overvåking av ansatte uten forutgående konkret mistanke om misligheter et så alvorlig inngrep i den personlige integritet at slike bevis normalt ikke bør kunne føres for retten. Personvern hensyn blir avgjørende i disse tilfellene. Det siste typetilfellet gjaldt der overvåkingen av de ansatte skjedde etter forutgående mistanke om underslag eller andre straffbare forhold. Dette var tilfellet i den saken retten måtte ta stilling til, og billedopptaket ble her tillatt ført. Lagmannsretten kom med andre ord til at den krenkelsen som hadde skjedd ved beviservervet i det konkrete tilfellet ikke var så alvorlig at beviset ikke burde føres.

Arten og omfanget av den krenkelse som fant sted ved beviservervelsen, vil totalt sett kunne tale for bevisforbud. Hvor sterkt disse vurderingene gjør seg gjeldende vil imidlertid avhenge av krenkelsens grovhet. Der krenkelsen er av mindre alvorlig karakter, er det mye som taler for at hensynet til sakens opplysning bør bli avgjørende.

5.3.6 Hensynet til den rettsbruddet ved beviservervelsen rammer

Det kan være ulike parter som rammes av det rettsbrudd som billedopptaket er et resultat av. Det kan være tiltalte eller parten selv, men det kan også være en tredjepart. Dersom den utilbørlige handlingen er en direkte krenkelse av motparten eller tiltalte i saken, vil dette lettere kunne medføre bevisforbud enn der det er en tredjemanns

interesser som krenkes. I forhold til fjernsynsovervåking vil dette momentet få betydning for eksempel i tilfeller der parten eller tiltalte har samtykket i overvåkingen, slik at denne er lovlig overfor ham, men der billedopptaket også viser en tredjemann som er uvitende om overvåkingen og således kan være krenket. Billedopptaket vil nok her lettere kunne føres enn der det er parten eller tiltaltes interesser som er krenket. Dessuten vil ikke tiltalte eller saksøkte ha noe legitimt krav på utelukkelse av beviset hvor det er en utenforstående tredjepart som er krenket. Tiltalte eller saksøkte vil i slike tilfeller ikke kunne kontrollere om tredjeparten selv aksepterer at billedopptaket brukes som bevis, noe som kan få betydning for rettens vurdering av bevisførselen.¹⁰⁵ Når det gjelder utilbørlig ervervede billedopptak er det imidlertid mest aktuelt at krenkelsen går ut over tiltalte eller saksøkte, og det er dette vi vil konsentrere oss om i det følgende.

Det at offentlige myndigheter eller en privatperson benytter seg av ulovlige eller utilbørlige metoder for å skaffe bevis til en påfølgende rettssak, vil unektelig kunne oppleves som en krenkelse for den som rammes av rettsbruddet. Vekten av dette hensynet vil avhenge av arten og omfanget av den interesse som blir krenket ved bevisførselen.¹⁰⁶ En krenkelse av ideelle og sentrale interesser som personvern og legemlig integritet vil her lettere kunne begrunne forbud mot å føre beviset enn krenkelse av mindre beskyttelsesverdige interesser, slik som økonomiske interesser eller ønsket om å skjule en straffbar handling.

Det er særlig i to tilfeller hensynet til den rettsbruddet rammer blir brukt som argument for bevisforbud. For det første vil de utilbørlige forhold ved fjernsynsovervåkingen i seg selv innebære en krenkelse av interessene til en eller flere privatpersoner. Typisk for billedopptak vil være at det gjøres urimelige inngrep i personvernet til vedkommende. I Gatekjøkkenkjennelsen fremgår det at retten mener at det ”å ha blitt utsatt for hemmelig video-overvåking på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende”. Hensynet sees her også sammen med de preventive hensyn, idet retten ønsker å motvirke at flere i fremtiden utsettes for slik overvåking.

¹⁰⁵ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 119-120.

¹⁰⁶ Bjørnvik og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 34.

For det andre vil hensynet til den rettsbruddet rammer også være et argument for bevisforbud fordi føringen av billedopptakene ervervet ved den utilbørlige fjernsynsovervåkingen vil oppleves som en godkjennelse eller en aksept av den utilbørlige overvåkingen. Dette kommer frem i Gatekjøkkenkjennelsen hvor retten synes å mene at en eventuell fremvisning av videoopptaket i retten vil kunne ”oppfattes som en ny krenkelse”. Se imidlertid punkt 5.2.2 om de sakene hvor føringen av beviset innebærer en fortsatt eller gjentatt krenkelse.

5.3.7 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse

Med ”alminnelig rettsfølelse” menes den vanlige oppfatningen blant det alminnelige lag av befolkningen, det være seg både jurister og folk uten juridisk bakgrunn. Det har vært diskutert i metodelæren hvorvidt et slikt hensyn er relevant. Særlig Eckhoff synes å være skeptisk til dette i sin bok om rettskildelære.¹⁰⁷ I alle tilfelle vil relevansen av hensynet kunne variere. Straffeprosesslovkomiteén har når det gjelder straffesaker lagt vekt på dette hensynet når den uttaler: ”det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f. eks. at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler”.¹⁰⁸ Det følger av dette at hensynet til den alminnelige rettsfølelse er et relevant argument i vurderingen av hvorvidt et bevis bør kunne føres for retten. Uttalelsen refererer bare til bevis innhentet i strid med lov. De samme betraktninger må imidlertid gjelde også for bevis som er utilbørlige.

Hensynet til den alminnelige rettsfølelse kan tale både for og imot å tillate å føre et billedopptak som bevis for retten. På den ene side kan sakens karakter være så alvorlig at det ville kunne virke støtende på allmennheten om beviset ikke skulle tillates ført.¹⁰⁹ Det gjelder særlig dersom bevisets verdi er stor og vekten av beviset er av avgjørende betydning for rettens endelige avgjørelse. Et eksempel på dette kan være en straffesak hvor tiltalen gjelder drap og hvor det finnes et pålitelig videoopptak som avslører

¹⁰⁷ Se Eckhoff, *Rettskildelære*, s. 275 flg.

¹⁰⁸ Se Innstilling til Odelstinget om Rettergangsmåten i straffesaker av Straffeprosesslovkomiteen (1969), s. 197

¹⁰⁹ Bjørnvik, og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 35.

gjerningsmannen, men få øvrige bevis. På den annen side kan måten beviset er anskaffet på krenke så sentrale interesser at det ville stride mot befolkningens rettsfølelse om beviset skulle føres, for eksempel tilsidesettelse av sentrale personvern hensyn. Dette gjelder særlig hvor krenkelsene av hensynene er foretatt forsettelig, idet det vil kunne oppfattes som urimelig at en som bevisst tilsidesetter andres interesser for å skaffe seg bevis, ikke skal rammes av bevisforbud. Et annet moment i vurderingen av hensynet til den alminnelige rettsfølelse er hvem som har foretatt fjernsynsovervåkingen; er det en privatperson eller en representant for den offentlige myndighet som har stått for den utilbørlige fjernsynsovervåkingen? Det vil for folk flest bære mer preg av å være et overgrep dersom det er politiet som står bak, enn en privatperson. Dette må imidlertid nyanseres noe. Det vil også kunne oppfattes som svært støtende hvis det er en privatperson med autoritet, makt eller som man står i et tillitsforhold til som har overvåket, for eksempel en arbeidsgiver.

I Gatekjøkkenkjennelsen hevder Høyesterett at ”det vil kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt”. Det kan ut fra denne uttalelsen synes som om retten mener at den krenkelse som ble begått ved beviservervelsen var så graverende at det vil kunne oppfattes som støtende på folk flest at beviset blir brukt i retten. Retten synes å mene at allmennheten er av den oppfatning at man bør forhindre at arbeidsgivere fjernsynsovervåker sine ansatte i kontrolløyemed. Retten har imidlertid ikke vurdert det faktum at også svært mange vil oppfatte det som urimelig at arbeidstakeren her kan gå fri for straffeskyld fordi det mest sentrale og pålitelige beviset ikke tillates ført. Det er ikke sikkert at personvern hensyn står så sterkt i folks rettsbevissthet at de aksepterer at en utro tjener går fri.

Man kan konkludere med at det vil bero på omstendighetene i den enkelte sak hvorvidt hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil være et argument for eller mot bevisforbud. Dette er imidlertid ingen enkel vurdering, og det fordres at retten opptrer objektivt og avveier vekten av hensynet ut fra de momenter som her er nevnt samt øvrige relevante hensyn.

5.3.8 Hensynet til domstolenes autoritet og anseelse

Med domstolenes autoritet og anseelse menes den tillit allmennheten har til rettsvesenet. Denne tilliten er basert på befolkningens tro på at retten fatter korrekte avgjørelser og at rettsprosessen foretas på en rettferdig måte. Dette hensynet har nær sammenheng med hensynet til den alminnelige rettsfølelse. Det vil nemlig kunne gå ut over den generelle tilliten til vårt rettssystem at domstolens praksis ikke samsvarer med den alminnelige rettsfølelse. Det at bevisførsel vil virke støtende er ikke bare i strid med den alminnelige rettsfølelse, det vil også kunne svekke tilliten til domstolen. Tilfeller der et bevis avskjæres på bekostning av et materielt riktig resultat vil nok stå i fare for å svekke en slik tillit. Dette vil særlig gjelde i situasjoner der beviset fremstår som pålitelig til tross for utilbørligheten. På den annen side vil nok også domstolenes autoritet i samfunnet kunne svekkes dersom den ikke tar avstand fra bevis som er ervervet på en klart støtende eller kritikkverdig måte.¹¹⁰

Som tidligere nevnt ble det i Gatekjøkkenkjennelsen argumentert med at det kunne virke støtende om domstolen tillot videoopptaket ført. Indirekte kan Høyesterett her sies å ha lagt vekt på hensynet til domstolens autoritet og anseelse, idet støtende avgjørelser fra Høyesterett helt klart vil være med på å svekke domstolens tillit. Det bør imidlertid også her problematiseres noe siden det vil være ulike oppfatninger blant allmennheten om hva som var det mest støtende resultatet. Man kan lett tenke seg at mange fant det støtende at man ikke fikk lov til å bruke videoopptaket, jfr. punkt 5.3.7.

5.4 Oppsummering

Spørsmålet om et utilbørlig ervervet bevis skal kunne føres må avgjøres ut fra de konkrete omstendigheter i det enkelte tilfellet. Oppsummeringen nedenfor vil imidlertid være et forsøk på å sammenfatte noen retningslinjer og utgangspunkter for adgangen til å føre utilbørlig ervervede billedopptak som bevis for retten.

Ved vurderingen av om et utilbørlig ervervet billedbevis skal kunne føres for retten må det i første omgang vurderes om føringen av beviset vil medføre en fortsatt eller gjentatt

¹¹⁰ Bjørnvik, og Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, s. 36.

krenkelse av det inngrep som fant sted ved beviservervelsen. Dersom fremleggelsen av opptaket vil medføre en slik ytterligere eller gjentakende krenkelse, vil beviset som hovedregel måtte avskjæres. Dette vil spesielt gjelde der billedopptaket viser forhold som er av særlig personlig eller sensitiv art.

Der føringen av beviset ikke vil representere et slikt inngrep, vil det bero på en interesseavveining hvorvidt bevisavskjæring må foretas. I denne avveiningen vil alle de hensyn og momenter som er redegjort for ovenfor være relevante. Hensynet til sakens opplysning vil nok være det mest tungtveiende hensyn mot bevisforbud, mens personvernens hensyn er et viktig argument for bevisforbud. Ulike konkrete momenter vil komme inn i vurderingen av de generelle hensynene. Eksempler på slike momenter kan være bevisets verdi og vekt, sakens betydning og hvor alvorlig den krenkelse som fant sted ved beviservervelsen var.

Det vil ikke bare være de generelle hensyn og konkrete momenter som er avgjørende for om et bevisforbud skal oppstilles eller ikke. Faktum i den konkrete sak vil kunne legge føringer på hvilke momenter og hensyn retten finner mest tungtveiende. Et eksempel som har vært mye fremme i rettspraksis er rettens avskjæringsvurdering for bevis som er ervervet i arbeidsforhold, der personvernens hensyn tradisjonelt har stått sterkt. Det har foreligget en relativt klar og entydig rettspraksis i retning av bevisforbud for utilbørlig ervervede billedopptak gjort på en arbeidsplass. Kjennelsen inntatt i RG 2002 s. 162 kommer imidlertid til et annet resultat enn denne tidligere rettspraksis. Slik som drøftet foran i punkt 4.2.2 kan det imidlertid diskuteres hvor stor rettskildemessig betydning en slik lagmannsrettskjennelse har i forhold til sikker høyesterettspraksis. Gjeldende rett vil nok derfor fortsatt være restriktiv med tanke på å tillate å føre billedopptak ervervet i et arbeidsforhold, men det vil vise seg hvorvidt Høyesterett følger opp resonnementet i lagmannsrettskjennelsen.

Rettstilstanden generelt for billedopptak ervervet ved fjernsynsovervåking vil etter en gjennomgang av rettspraksis, forarbeider og juridisk teori trekke i retning av en restriktiv holdning til å bruke bevis som er ervervet på en utilbørlig måte ved optisk overvåking. Dette vil særlig være der overvåkingen ikke har vært varslet og der den krenker sentrale personvernens hensyn.

6 Rettspolitiske betraktninger

Et spørsmål det kan være naturlig å stille på bakgrunn av fremstillingen ovenfor er hvorvidt billedopptak ervervet ved ulovlig eller utilbørlig overvåking bør kunne føres som bevis for retten. Gjennomgangen av gjeldende rett viser at det ikke alltid er klart hvorvidt slike bevis kan føres eller ikke, viktige hensyn kan tale både for og i mot bruken av billedopptak. Vi anerkjenner at dette er et rettsfelt hvor domstolene i betydelig grad bør være rettsskapende. At Tvistemålsutvalget har signalisert et ønske om å lovfeste et generelt utgangspunkt, er imidlertid ikke til hinder for at domstolen også i fremtiden er retningsgivende på feltet. Fordelene ved denne formen for rettsskapende virksomhet vil være at man for eksempel kan fange opp endringer i den teknologiske utvikling og moraloppfatninger i samfunnet som bør hensyntas i bevisforbudsvurderingen.

Domstolene har ikke i særlig grad vektlagt hvorvidt beviset ønskes ført i en sivil sak eller i en straffesak. Vurderingene er her såpass like at det ikke er naturlig å foreta noen differensiering. Det kan i mange tilfeller være mer naturlig å knytte vurderingene opp i mot ulike typer av konkrete saker, for eksempel familiesaker, tvister i arbeidsforhold eller tilfeller av trafikkovervåking. Likevel er det grunn til å peke på noen særtrekk som utelukkende gjelder straffesaker. For det første bør billedopptak påberopt av tiltalte for å bevise sin uskyld i straffesaker, stå i en særstilling. Dette forhold bør prege rettens avskjæringsvurdering, noe som etter vår mening ikke har kommet klart nok frem i rettspraksis. For det andre vil hensynet til offeret i slike saker kunne tilsi at et billedbevis bør kunne føres for retten. Disse kan ofte ha et berettiget ønske om at gjerningsmannen blir straffet uavhengig av hvordan bevis mot ham har blitt fremskaffet. Et tredje moment kan være hensynet til bevisbyrden i straffesaker. Selv om man kan argumentere med at fjernsynsovervåking i slike saker ikke representerer noen trussel for personer som ikke har noe å skjule, vil en utstrakt bruk av overvåking i ulike former lett kunne føre til en omvendt bevisbyrde. Det er et sikkert prinsipp i norsk rett at det er påtalemyndigheten som må bevise skyld. Dersom man nærmest ukritisk aksepterer slike

billedopptak kan det bli den overvåkedes oppgave å motbevise det som tilsynelatende følger av opptakene.¹¹¹

Hvem som har innhentet beviset bør hensyntas i avskjæringsvurderingen. En problemstilling er om det bare er politiet som skal ha anledning til å innhente opplysninger ved slik overvåking, eller om private også bør ha en slik adgang. Datatilsynet har lagt vekt på at det i hovedsak er politiets oppgave å foreta optisk overvåking, og at dette bare bør kunne skje der klare lovhjemler foreligger. Knut B. Kaspersen, underdirektør i Datatilsynet, hevder at også private bør kunne gjøre opptak i situasjoner der det foreligger betydelig fare for liv og helse.¹¹² I motsetning til Kaspersen er vi av den oppfatning at private også i særlige tilfeller bør kunne foreta overvåking, selv der det ikke foreligger noen livstruende situasjon. Et eksempel kan være der en arbeidsgiver setter opp skjulte kameraer for å bekrefte en konkret og berettiget mistanke. En slik overvåking vil kunne bryte den lojalitet og tillit som naturlig ligger til grunn for et slikt arbeidsforhold, men det vil likevel være med på å skåne uskyldige personer fra uberettiget anklage.

Billedopptak vil i mange tilfeller kunne gi domstolene en god oversikt over en situasjon som det ellers ville være vanskelig å belyse. Bevis fremskaffet ved slik optisk overvåking gir langt på vei en objektiv og upartisk fremstilling av en situasjon, og kan på denne måten virke mer betryggende som bevis enn for eksempel en vitneforklaring. Den pålitelige karakter et slikt billedbevis vil kunne ha, taler derfor mot bevisforbud. For bevisforbud trekker imidlertid det forhold at billedopptak ikke alltid gir sikker og korrekt informasjon. Ofte vil opptaket bare vise bruddstykker av et hendelsesforløp. Handlingen på opptaket vil kunne oppfattes forskjellig avhengig av hvem som tolker og hva man forventer å se. Spørsmålet blir her hvilke krav til sikkerhet man skal stille for hva man observerer. Dagens moderne teknologi gir muligheter for å manipulere billedopptak, særlig hvor det benyttes digitalt utstyr som åpner for å redigere, kryssklippe eller retusjere bilder. Datakvaliteten på bildene kan også svekke påliteligheten, herunder vil kameraets plassering, værforhold, kvaliteten på opptaket og

¹¹¹ Kaspersen, *Hemmelig foto- og videoovervåking*, s. 616.

¹¹² Se Kaspersen, *Hemmelig foto- og videoovervåking*, s. 605.

dets mulighet til å registrere detaljer ha betydning. Faren for at slike bevis kan gi et misvisende inntrykk av situasjonen, gjør at hensynet til sakens opplysning kan bli et argument mot å tillate å føre bevis av denne typen.¹¹³

En snever adgang til å føre slike opptak for retten vil kunne virke preventivt overfor politiet ved å motvirke at de går stadig lenger i sin bruk av fjernsynsovervåking som etterforskningsmetode. Dersom politiet er klar over at bevis fremskaffet ved denne type etterforskning ikke tillates, vil det være naturlig å søke å skaffe bevis på annen måte. Dette hensynet gjør seg også gjeldene overfor privat overvåking. Et bevisforbud mot bilder ervervet ved ulovlig eller utilbørlig fjernsynsovervåking vil kunne begrense den private bruken av kameraer for å kontrollere eller overvåke.

Hvem overvåkingen er rettet mot kan også få betydning for hvorvidt et billedopptak bør kunne føres for retten. Det er ikke bare parten i en tvist som utsettes for et slikt inngrep, men også tredjemenn som tilfeldigvis er med på opptaket. Disse vil nemlig også få personopplysninger om seg selv offentliggjort under saken. Hensynet til diskresjon og rett til privatliv for disse aktørene tilsier en snever adgang til å kunne føre slike bevis. I forarbeidene til personopplysningsloven pekes det på at selve vissheten om at man overvåkes i ulike situasjoner kan føles både belastende og krenkende.¹¹⁴

Hensynet til å beskytte en part eller tiltaltes privatliv, kan også tilsi at billedopptak ikke bør kunne føres som bevis for retten. I slike tilfeller bør retten foreta en konkret helhetsvurdering der fordelene ved overvåkingen bør være betydelige i forhold til den integritetskrenkelsen som overvåkingen kan innebære dersom beviset tillates ført. Rettspraksis har trukket opp retningslinjer som vi mener bør være sentrale i en slik vurdering og vi kan i stor grad si oss enige i den avveining som gjøres. Vi synes imidlertid at et visst inngrep i personvernet bør kunne tåles dersom andre viktige hensyn taler for å føre beviset. Den rettsoppfatning som blir uttrykt i kjennelsen inntatt i RG 2002 s. 162 gir uttrykk for en ny holdning som ikke umiddelbart bør avvises fordi den avviker fra tidligere rettspraksis. Lagmannsretten tillot her å føre et videoopptak

¹¹³ Ulrichsen, *Om politiets adgang til å fjernsynsovervåke offentlig sted*, s. 65 flg.

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999), kapittel 8.5.

som var foretatt i det skjulte fordi formålet med overvåkingen ble ansett som legitimt. Den vurdering som ble foretatt kan ha gode grunner for seg, og være mer i tråd med den alminnelige rettsfølelse enn tradisjonell rettsoppfatning på området. Det kan være lett å miste fokus fra hovedregelen om fri bevisførsel. Det er unntak fra dette grunnprinsippet som krever begrunnelse. Et slikt unntak bør etter vår oppfatning ikke gjøres dersom det ikke kan oppstilles vektige argumenter. Beviservervelse ved skjult overvåking av mennesker i situasjoner og på steder hvor de normalt forventer å få sitt privatliv og sin anonyme sfære respektert, bør imidlertid ikke aksepteres i retten.

Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
ISBN 82-00-22545-3

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind I. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2000.
ISBN 82-00-45413-4

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind II. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2000.
ISBN 82-00-45414-2

Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturressurs- og miljørett*. 3. utg. Oslo: Ad Notam
Gyldendal, 1999. ISBN 82-417-1109-3

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*. Hans Kristian Bjerke og
Erik Keiserud. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001. ISBN 82-15-00046-0

Boe, Erik. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*. 1. utg. Oslo: Tano
Aschehoug, 1996. ISBN 82-518-3453-8

Brække, Anne Kirsti. *Fjernovervåking og informasjonstjenester i telenettet*. 1. utg.
Oslo: Tano AS, 1991. ISBN 82-518-3016-8

Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar til
Europakonventionen og de mänskliga rättigheterna*. 1. utg. Stockholm: Norstedts
Juridik AB, 1997. ISBN 91-39-02203-9

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Ved Jan E. Helgesen. 4. utg. Oslo: Tano Aschehoug,
1997. ISBN 82-518-3602-6

Graver, Hans Petter. *Materiell forvaltningsrett. Med særlig vekt på grunnprinsippene*. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 1996. ISBN 82-00-22741-3

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil og straffeprosess*. 1. utg. Oslo: Papinian, 1999. ISBN 82-91060-08-8

Johansen, Michal Wiik. *Personopplysningsloven. Kommentarutgave*. Michal Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001. ISBN 82-518-3702-2

Kostveit, Odd. *Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis*. Forskning om økonomisk kriminalitet. Rapport nr. 28 Oslo: Norsk forskningsråd, 1995. ISBN 82-12-00555-0

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo: Cappelen akademisk forlag, 2002. ISBN 82-02-19801-1

Schei, Tore. *Twistemålsloven. Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6 1915 med kommentarer*. 2. utg. Oslo: Tano Aschehoug, 1998. ISBN 82-518-3759-6

Skoghøy, Jens Edvin A. *Twistemål*. 2. Utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001. ISBN 82-15-00083-5

Winge, Stig. *Politiets fjernsynsovervåking ved Oslo Sentralstasjon – en evaluering av kameraenes effekt på kriminalitet og ordensproblemer*. 1. utg. Oslo: PHS Forskning, 2001. ISBN 82-7808-029-1

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter: "Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 og norsk straffeprosess"*. 1. utg. Bergen: Universitetsforlaget, 1995. ISBN 82-00-22415-5

Artikler

Bjørnvik, Arve Martin og Selfors, Rolf Fridtjof. *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*. I: Jussens venner. 2000, s. 19-40

Bratholm, Anders. *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1959, s. 109-132

Dorenfeldt, L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?*
I: Lov og rett. 1978, s. 291-303

Frände, Dan. *Bandupptagning som bevis i rättegång*. I: Tidsskrift utgitt av Juridiska Föreningen i Finland. 1983, s. 376-394

Kaspersen, Knut B. *Hemmelig foto- og videoovervåkning*. I: Lov og rett. 1992, s. 602-617

Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett, politikk og moral*. Tidsskrift for rettsvitenskap. 1994 nr. 5, s. 837-881

Aall, Jørgen. *Høyesterett som prosesskaper – særlig på området for utilbørlige bevis*.
I: Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith. Oslo, Universitetsforlaget 2002, s. [957] - 966

Avhandlinger

Bardo Turid. *Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker*. Stor særavhandling.
Det juridiske fakultet i Tromsø. 1999

Galtung, Cathrine H. *Ulovlig ervervet bevis i straffesaker*. Spesialoppgave.
Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. 2000

Langfjell, Finn-Øyvind H. *Fjernsynsovervåkning og personvern*. Særavhandling inntatt i Complex 8/96. Institutt for rettsinformatikk i Oslo. 1996. ISBN 82-518-3524-0

Ulrichsen, Christine. *Om politiets adgang til å fjernsynsovervåke offentlig sted*.
Særavhandling. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. 2000

Østbye, Stine Amundsen. *Ulovlig ervervede bevis i straffesaker*. Spesialoppgave.
Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. 2000

Aarø, Ann Helen. *Arbeidstakers rett til personvern: med særlig vekt på en drøftelse av personregisterlovens § 37 a første ledd som regulerer arbeidsgivers adgang til å iverksette fjernsynsovervåkning på arbeidsplassen*. Særavhandling. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. 1997

Oppslagsverk

Jusleksikon. Jon Gisle og Kristian Andenæs. 2. utg. Oslo: Kunnskapsforlaget, 2002. ISBN 82-573-1338-6

Karnov: norsk kommentert lovsamling. Hovedredaktører: Peter Lødrup, Knut Kaasen, Steinar Tjomsland. 4. utg. Oslo: Gyldendal, 2002. ISBN 82-05-30946-9, 82-05-30947-7

Forarbeider

SOU 1987:74 *Optisk-elektronisk overvakning*, Stockholm 1988. ISBN 91-38-10106-8

SOU 1995:66 *Polisens anvending av overvåkingskameror vid förundersökning*, Delbetänkande av Utredningen om användingen av övervakningskameror. Malmö 1995. ISBN 91-38-13984-7

NOU 1993:3 *Strafferettslige regler i terroristbekjempelsen*

NOU 1997:19 *Et bedre personvern- forslag til lov om behandling av personopplysninger*

NOU 2001:32 *Rett på sak*, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2001:12 *Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*

Ot.prp.nr. 35 (1978-79). Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)

Ot.prp.nr. 56 (1989-90). Om lov om megling i konfliktråd og om endringer i straffeloven m.m

Ot.prp.nr. 56 (1992-1993). Om lov om endringer i lov 9. juni 1978 nr. 48 om personregistre m.m. (fjernsynsovervåkning)

Ot.prp.nr. 92 (1998-1999). Lov om behandling av personopplysninger

Domsregister:

Dommer inntatt i Norsk Retstien (Rt.) :

Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer)

Rt. 1979 s. 1021

Rt. 1987 s. 548

Rt. 1990 s. 1008 (Overskuddsinformasjonskjennelsen)

Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen)

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1994 s. 276

Rt. 1996 s. 1114 (Løgnedetektorkjennelsen)

Rt. 1997 s. 795 (Lydbåndopptakkjennelsen)

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2001 s. 668

Dommer inntatt i Rettens Gang (RG):

RG 2000 s. 664

RG 2002 s. 162

Upubliserte avgjørelser:

Dom av 24. oktober 2002 av Kristiansand tingrett

Avgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstolen:

Schenk mot Sveits, dom 12. juli 1998, (10862/84)

Klass mfl. mot Tyskland, dom 6. september 1978, (5029/71)

Malone mot Storbritannia, dom 2. august 1984, (8691/79)

Khan mot Storbritannia, dom 12. mai 2000, (35394/97)

Lovregister:

Arbeidsmiljøloven, lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 2. april 1977 nr. 4

Domstolloven, lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

Menneskerettsloven, lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Personopplysningsloven, lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger

Personregisterloven, lov 9. juni 1978 nr. 48 om personregistre m.m (opphevet)

Straffeloven, lov 22. mai nr. 10 1902 Almindelig borgerlig Straffelov

Straffeprosessloven, lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Twistemålsloven, lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

Vegtrafikkloven, lov om vegtrafikk av 18. juni 1965 nr. 4

Åndsverkloven, lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v